

REVISTA BRASILEIRA
DE DIREITO
DA SAÚDE

Ano I • Número 2 • Janeiro a Junho de 2012



REVISTA BRASILEIRA
**DE DIREITO
DA SAÚDE**

Ano I • Número 2 • Janeiro a Junho de 2012



Revista Brasileira de Direito da Saúde

Publicação semestral da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

As opiniões emitidas nos artigos assinados e publicados são de responsabilidade de seus autores.

A publicação conta com distribuição dirigida em território nacional com uma tiragem de 2.500 exemplares.

Revista Brasileira de Direito da Saúde.

v.2 (janeiro/julho 2012). Brasília, Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), 2012.

Semestral

ISSN 2238-0477

1. Direito. 2. Saúde.

CDU – 342.7

José Reinaldo Nogueira de Oliveira Júnior

Presidente da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB)

Maçazumi Furtado Niwa

Coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde

Fernando Borges Mânica

Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde

CONSELHO EDITORIAL

André Gonçalo Dias Pereira (Universidade de Coimbra)

Fernando Augusto de Melo Guimarães (TCE-PR)

Gilmar de Assis (MP-MG)

Gustavo Justino de Oliveira (USP)

José Eduardo Sabo Paes (MP-DF)

Miguel Kfourri Neto (TJ-PR)

Paulo Bonavides (UFCE)

Paulo Garrido Modesto (MP-BA e UFBA)

Vanessa Verdolim Hudson de Andrade (TJ-MG)

Conselho Jurídico CMB

Coordenadores

Maçazumi Niwa (CMB/FEMIPA)

Monaliza Santos (CMB)

Membros Efetivos

Ana Cláudia Bandeira (FEMIPA)

Caroline Silveira (FESFBA)

Carlos Eduardo Valia (FEHOSP)

Cauê Cardoso de Rezende Limeira (FEHOSP)

Cristiane Paim (FEHORS)

Flávia Sant'Anna (FEMERJ)

Jardson Cruz (FEMICE)

Kátia Rocha (FEDERASSANTAS)

Lincoln Magalhães (FEMIPA)

Membros Convidados

Camila Guedes (Usiminas)

Josenir Teixeira (Pró-Saúde)

José Thadeu Mascarenhas (José Menck & Mascarenhas Advogados Associados)

Tiago Farina (Oncoguia)

COLABORADORES DESTE VOLUME

Camila Guedes Andrade, Fernanda Schaefer, Fernando Borges Mânica, Gustavo Justino de Oliveira, Igor Ajouz, Josenir Teixeira

EDITORAS

Juliane Ferreira

Vanda Ramos



PÁG.8

A nova concepção do consentimento esclarecido*Fernanda Schaefer*

PÁG.34

A complementaridade da participação privada no SUS*Fernando Borges Mânica*

PÁG.55

O significado da saúde e a avaliação dos portadores de deficiência no âmbito da elegibilidade ao benefício assistencial de prestação continuada*Igor Ajouz*

PÁG.78

A tormentosa tarefa do hospital em proteger o sigilo do prontuário do paciente*Josenir Teixeira*

PÁG.128

Da natureza jurídica da relação médico-hospital*Camila Guedes Andrade*

PARECERES

PÁG.141

Limites e possibilidades à contratação de empresa da área da saúde que possui em seus quadros agente público*Gustavo Justino de Oliveira*

PÁG.185

Ministério da Fazenda Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional PARECER/PGFN/CRJ/Nº 2132/2011**LEGISLAÇÃO****PÁG.200 - Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**

Regulamenta a Emenda Constitucional n. 29/00, estipulando valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

PÁG.219 - Lei nº 12.653, de 28 de maio de 2012

Tipifica o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia.

PÁG.221 - Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011

Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência

PÁG.227 - Resolução nº 1, de 17 de Janeiro de 2012

Estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)

PÁG.231 - Resolução nº 2, de 17 de janeiro de 2012

Estabelece as diretrizes nacionais para a elaboração da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES)

PÁG.236 - Portaria nº 841, de 2 de maio de 2012

Publica a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES)

PÁG.241 - Resolução CFM nº 1.974/2011

Define os critérios norteadores da propaganda na Medicina

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA**PÁG.257 - Superior Tribunal de Justiça (I)**

Plano de Saúde tem o dever de comunicar cada associado sobre descredenciamento de médicos e hospitais

PÁG.263 - Superior Tribunal de Justiça (II)

Lesão acidental em cirurgia que resulta em óbito é morte acidental para fins securitários

PÁG.271 - Superior Tribunal de Justiça (III)

Cirurgião-dentista. Obrigação de meio se paciente é portador de moléstia. Averiguar nexos de causalidade

PÁG.282 - Superior Tribunal de Justiça (IV)

Médico tem responsabilidade subjetiva e hospital responsabilidade solidária

PÁG.298 - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Empresa da União que causa dano à saúde das pessoas. Dever de indenizar e acompanhar o tratamento

PÁG.304 - Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Responsabilidade Civil do Estado por criança que contraiu Poliomelite após vacinação

PÁG.314 - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Plano de saúde deve custear prótese importada necessária para cirurgia

PÁG.321 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Cirurgião dentista. Obrigação de resultado. Dever de informar os riscos do procedimento e tomar todas as medidas cabíveis para evitar sequelas

PÁG.329 - INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES**PÁG.331 - NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS**

APRESENTAÇÃO

É com muito orgulho que apresentamos à comunidade científica e profissional o segundo número da Revista Brasileira de Direito da Saúde - RBDS, iniciativa da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB, organizada pela Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná - Femipa, iluminadas pelo estimulante sucesso da primeira edição.

Com o satisfatório endosso de grandes personalidades do mundo jurídico, a presente edição primou pelo aperfeiçoamento técnico-científico, com artigos e pareceres inéditos destinados a aprofundar tanto o debate científico em temas palpitantes da área da Saúde quanto as questões práticas, recorrentes no cotidiano dos profissionais da Saúde, advogados e cidadãos.

Esta edição traz artigos de pesquisadores e advogados atuantes na área de Saúde, tratando sobre os mais variados temas, como a questão do consentimento esclarecido do paciente, o sigilo do prontuário do paciente, a natureza jurídica da relação profissional entre o médico e o hospital, a participação da iniciativa privada nos serviços de Saúde, a avaliação dos portadores de deficiência para receber o benefício assistencial de prestação continuada, a possibilidade de contratação de empresa da área da saúde que possui em seu quadro de funcionários agente público e uma análise sobre o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social.

Ampliou-se a pesquisa de legislação, com a inclusão do texto integral da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamentou a Emenda Constitucional nº 29 de 2000, da Lei nº 12.653, de 28 de maio de 2012, e da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.974/2011, que estabeleceu critérios para a publicidade na Medicina. Na seara jurisprudencial, trazem-se importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça, de Tribunais Regionais Federais e de Tribunais de Justiça locais Brasil afora, tratando sob vários prismas o Direito à Saúde.

O Direito à Saúde, a despeito de sua importância e recorrência prática, ainda é, no Brasil, um setor pouco desenvolvido. É para cobrir tal lacuna que lançamos a presente edição, intentando estimular o estudo de tão importante assunto, calcados na qualidade e atualidade já demonstradas no primeiro volume, certamente, ampliados neste segundo.

José Reinaldo Nogueira de Oliveira Júnior

Presidente da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas - CMB

Maçazumi Furtado Niva

Diretor Jurídico da das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas - CMB, coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde

Fernando Borges Mânica

Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde



A NOVA CONCEPÇÃO DO CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

FERNANDA SCHAEFER



Advogada em Curitiba (PR) • Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-PR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná • Mestre em Direito Econômico e Social da PUC-PR • Doutora em Direito das Relações Sociais na UFPR – Universidade Federal do Paraná • Professora de Direito Civil e Biodireito. Autora de diversos livros e artigos sobre Direito Médico e Biodireito • Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-PR.

SUMÁRIO: 1. Introdução: Uma nova visão sobre a relação médico-paciente. 2. Conceito de consentimento informado. 2.1. Elementos do consentimento. 2.2. Capacidade para consentir. 3. Necessidade jurídica do consentimento e seus reflexos jurídicos. 4. Considerações finais: a nova concepção do consentimento.

RESUMO: O desenvolvimento da relação médico-paciente, bem como, das tecnologias e procedimentos médicos promoveram uma reestruturação na concepção do consentimento informado que deixa de ser entendido como uma mera manifestação de vontade do enfermo ou de seu representante, para constituir parte do direito fundamental à autodeterminação do paciente, conferindo legitimidade ao ato médico. Visa o presente trabalho analisar esta nova concepção buscando identificar seus princípios informadores e seus efeitos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento informado ou esclarecido. Autodeterminação. Informação.

*“libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet,
nisi si quid vi aut jure prohibetur”¹.*

1.Tradução livre: “A liberdade é faculdade natural de fazer cada um o que deseja, se a violência ou o direito não lhe proíbe”.

1. INTRODUÇÃO: UMA NOVA VISÃO SOBRE A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A evolução da Medicina e do próprio direito à saúde afetaram sobremaneira a relação médico-paciente². Na Modernidade (séculos XV a XIX³), a recuperação dos ensinamentos hipocráticos e galenos em sua pureza paternalista e as condições de desenvolvimento humano (social e econômico) precárias, acabaram levando à grande crise dessa relação, que se tornou ainda mais verticalizada. Essa visão trouxe, por consequência, a subvalorização e degradação do paciente, transformando-o em mero objeto da atuação médica (desumanização da medicina) que se realizava em uma interação meramente técnica e instrumental⁴ limitada apenas ao orgânico e que permitiu o prevalectimento de um interesse maior na enfermidade do que no enfermo.

No século XX o desenvolvimento biotecnológico agravou essa situação, fazendo com que a medicina se tornasse extremamente especializada e racionalista (cega e surda⁵), ou seja, ainda mais científica e menos humana (Medicina Tecnocêntrica),

2. É necessário aqui fazer uma ressalva. Entende o Conselho Federal de Medicina (item XX da Resolução nº 1.931/09 – *a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo*) que a relação médico-paciente não é uma relação de consumo. No entanto, por ser norma meramente ética, não apresenta efeitos práticos, exceto o próprio desserviço aos profissionais, orientando-os de maneira equivocada. É visão demasiadamente restritiva, pois o fato de ser considerada uma relação personalíssima não afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor (norma de ordem pública irrevogável por normas éticas). A análise que se realizará nesse item não pretende ingressar na polêmica, uma vez que: 1- não é o objeto do presente estudo e nele ingressar acabaria 'embaçando' questões mais importantes que aqui se pretende abordar; 2- o tema já foi pela autora desse trabalho exaustivamente estudado na obra *Procedimentos Médicos Realizados a Distância & Código de Defesa do Consumidor* e, portanto, desnecessário ingressar novamente na questão.

3. Vale ressaltar que a organização da profissão médica e consequente limitação de sua prática a profissionais formados por Faculdades de Medicina só tem início no século XIII. Até então, a "medicina" era exercida pelos mais diversos tipos de pessoas: sacerdotes, barbeiros, curandeiros, que tinham o empirismo terapêutico como orientador de suas práticas o que, inclusive, acabava influenciando na credibilidade da profissão e reforçando o modelo paternalista ao relacionamento médico-paciente. A prática médica, então, fica limitada aos poucos que tinham acesso às raras escolas médicas existentes, especialmente, na Europa.

4. Daí surge a ideia de paciente como cliente (usuário), do médico como prestador de serviços e da saúde como um bem de produção, aumentando ainda mais a tensão sempre presente nesse vínculo. Essa visão ganhou força durante a Revolução Industrial que permitiu a equiparação do corpo humano a uma máquina (noção de homem-máquina), legitimando a fragmentação do enfermo segundo os critérios de especialidades médicas. A visão médica, a essa época, transforma-se em objetivista, calculista e fria, considerando e tratando o organismo dissociado da pessoa (visão organicista). A distância afetiva entre médico e paciente permite o incremento da prática médica despersonalizada, visão que não admite compreender o corpo humano como uma totalidade física, psíquica e social.

5. "Cega, porque limitando-se a compreender a doença apenas como pobres variáveis anatômicas e/ou bioquímicas não enxerga o ser humano como ele verdadeiramente o é. Surda, porque o

permitindo que a adoração à técnica, à tecnologia e aos ambientes tecnicamente perfeitos prevalecessem sobre o respeito ao ser humano. O desenvolvimento social e tecnológico das ciências médicas embora tenha retirado a aura de sacralidade que pairava sobre o profissional médico, retardou o reconhecimento da autonomia do enfermo em tomar decisões⁶, o que permitiu que essa relação “acidentalmente conflitiva” se tornasse “essencialmente conflitiva.”⁷

Com a chegada do século XXI ganhou força a preocupação em humanizar e democratizar⁸ a relação médico-paciente. Movimento que quebra o ideal organicista valorizando a dignidade da pessoa humana, e levando a Medicina a repensar o vínculo eminentemente paternalista de submissão do paciente a todas as decisões do facultativo, para se realizar em uma relação interpessoal que reconhece a autonomia do enfermo e é protegida não apenas por normas éticas, mas também, pelo Direito. Coloca-se, dessa forma, ênfase não somente no orgânico, mas também, nas demais dimensões da pessoa humana que implicam respeito à sua individualidade e o seu reconhecimento como parte de um grupo social. Afirma Elio Sgreccia que:

O doente (ou alguém por ele) que tomou consciência de seu estado de saúde e de seus limites, que reconhece não ser competente no campo da doença que o ameaça e diminui a sua autonomia, tendo em vista recuperar ou prevenir prejuízo à sua autonomia, toma a iniciativa de se dirigir a outra pessoa, o médico, que, por sua preparação e experiência da profissão é capaz de ajudá-lo. **O doente permanece sendo ator principal da administração da saúde. O médico que aceita ajudá-lo é também ele ator, mas no sentido de quem colabora com o sujeito principal ou para um determinado fim** [nos limites éticos e jurídicos] (sem grifo no original).⁹

Sabe-se que “*la Medicina es una ciencia; la profesión médica es el ejercicio de un arte baseado en ella*”¹⁰. Arte que se concretiza não em compreender um problema

paciente não sendo colhido como sujeito é impedido de manifestar-se como pessoa.” (SIQUEIRA, José Eduardo de. 2002, p. 96).

6. Apenas na década de 70 os códigos de ética médica começam a alterar o foco de proteção deslocando-o para o enfermo que passa a ser o centro da atenção médica. No entanto, isso não significa, necessariamente, que a relação não continue sendo analisada sob a perspectiva do médico, uma vez que a democratização da medicina exige, também, um comprometimento com o diálogo.

7. COSTA, Sérgio I. Ferreira; PESSINI, Leo (2004, p. 189).

8. A medicina humanizada deve se realizar pela interação dos seguintes elementos: autonomia; idoneidade (capacidade profissional); diálogo; empatia; continuidade ou estabilidade da relação e ausência de conflito de interesses (uma vez que tanto médico como paciente são seres autônomos).

9. SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. I- Fundamentos e ética biomédica. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. (p. 197).

10. A medicina humanizada deve se realizar pela interação dos seguintes elementos: autonomia; idoneidade (capacidade profissional); diálogo; empatia; continuidade ou estabilidade da relação e

clínico em uma parte do corpo, mas sim, em entendê-lo num ser humano considerado em sua integralidade bio-psíquica-social. Assim, ainda que o objeto da atuação médica seja o corpo humano (e, por consequência, a saúde), não pode o profissional fazer abstração da totalidade do paciente, em especial, no que se refere à sua liberdade de escolha (autodeterminação). Deve o facultativo saber, ainda que intuitivamente, que ao entrar em contato com o corpo doente, está automaticamente tomando contato com questões íntimas (e até secretas), aproximando-se, dessa forma, de uma pessoa com necessidades especiais e diversas, considerando, pois, que não é possível o adequado exercício da Medicina se não for de maneira personalizada.

É incontestável que a Medicina se desempenha sobre um objeto especial¹¹, que possui um fim em si mesmo: o organismo humano. “*La ‘materia prima’ es aquí ya la última e completa, el paciente, y el médico tiene que identificarse con su objetivo propio. Ésta es en cada caso la ‘salud’ [...]. El cuerpo es lo objetivo, pero se trata de sujeto*”¹². Mas, justamente por ser indissociável do corpo humano¹³ o sujeito ao qual pertence, deve o paciente ser observado de acordo com a visão humanista, ou seja, como pessoa especialmente vulnerável (não como mero cliente – visão mercantilista da Medicina¹⁴). Trata-se, dessa forma, em reconhecer que é relação que implica, necessariamente, uma interação comunicativa (diálogo), que permite a aproximação, o conhecimento e o respeito ao outro, uma vez

ausência de conflito de interesses (uma vez que tanto médico como paciente são seres autônomos).

11. Tradução livre: “a Medicina é uma ciência; a profissão médica é o exercício de uma arte baseado nela” (JONAS, Hans, 1997, p. 99).

12. Na lição de Hans Jonas (1997, p. 99): “[...] para el médico la materia en la que ejerce su arte, la que ‘elabora’, es en sí misma el fin último: el organismo humano vivo como objetivo de sí mismo.” Tradução livre: “[...] para o médico a matéria em que exerce sua arte, a que prepara, é em si mesma um fim último: o organismo humano vivo como objetivo em si mesmo.”

13. Tradução livre: “a ‘matéria-prima’ é aqui última e completa, o paciente e o médico devem se identificar com seu objetivo próprio. Esta é em cada caso a saúde [...]. O corpo é o objetivo, mas se trata de sujeito”. (JONAS, Hans, 1997, p. 99). A Medicina, influenciada pelos ideais cartesianos, acabou aceitando a divisão do corpo em partes, o que facilita a sua ‘coisificação’. Leciona José Eduardo de Siqueira (2002, p. 91) que “a filosofia desse modelo acadêmico acolhe o objeto e não o sujeito, o corpo e não o espírito, a quantidade e não a qualidade, a causalidade e não a finalidade, a razão e não o sentimento, o determinismo e não a liberdade, a essência e não a existência”, inviabilizando a visão do ser humano como um todo complexo formado pelo biológico, pelo social, pelo psicológico e pelo cultural. O valor da pessoa como um todo orgânico não pode ser afastada da atuação médica, uma vez que é a sua integridade funcional o objetivo da Medicina.

14. Interessante notar que a retomada da ideia de que sujeito e seu corpo são indissociáveis, não permite afirmar (ao menos nos rumos atuais) que essa inseparabilidade também abranja a integralidade de seus dados clínicos. Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (1996, p. 163) arguem que “quanto menos o médico dá de si e de seu tempo, mais medicamentos prescreve e mais exames de laboratórios pede. É a medicina farmacologizada e instrumentalizada”, prática que predomina em muitos países, atualmente impulsionada pelas forças de mercado e pelo poder dos grandes laboratórios farmacêuticos e que leva a uma nova forma de desumanização da Medicina.

que se realiza nos escopos: informativo, terapêutico e decisório.

Como toda arte, a Medicina também possui objetivos, que se realizam em três grandes níveis de complexidade: a complexidade das enfermidades; a complexidade dos seres humanos e a complexidade das interações possíveis entre enfermos e enfermidades. Por isso, José Fermín Pietro Aguirre afirma que a relação médico-paciente se desenvolve em três momentos distintos que se aprofundam à medida em que a relação se desenvolve e que exigem linguagem diferenciada. São eles:

1- Llamada del paciente. El médico contesta volcándose en su ayuda con una distancia afectiva mínima. [...]. El lenguaje no verbal¹⁵ será el protagonista, debiendo transmitir una acogida calurosa y una disposición incondicional de ayuda [...].

2- Alejamiento u objetivación. El enfermo se convierte en un objeto de estudio y la distancia afectiva se amplía de forma considerable. Es el período de la anamnesis, las exploraciones y pruebas diagnósticas, fase de la relación médico-paciente en que el la neutralidad afectiva es necesaria, aunque dura para el enfermo. En esta fase el médico buscará, mediante lenguaje verbal, obtener la mayor información posible [...]. El lenguaje verbal proporcionará al médicos datos imprescindibles para el diagnóstico y tratamiento y, al mismo tiempo mediante lenguaje no verbal se continuará transmitiendo interés especialmente.

3- Personalización. Una vez establecido el plan terapéutico a seguir el enfermo se convierte en persona que sufre y con el hay que establecer una interrelación humana. Durante esta etapa tiene lugar el tratamiento biológico y psicoterápico del paciente. [...]. En la tercera fase se desarrollará la labor retórica del médico. La comunicación informativa-persuasiva y psicoterápica del médico dirigida al enfermo y sus familiares constituyen los aspectos retóricos de la praxis médica¹⁶.

15. A comunicação não verbal, explica o autor, atua em diferentes frentes: comunicando atitudes e estados emocionais, por meio da expressão corporal; apoiando e completando a comunicação verbal; controlando a interação; obtendo o 'feedback'. AGUIRRE, José Fermín Pietro. Palabra, palabrería y verdad en el discurso del médico. *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación* (2001, p. 1).

16. Tradução livre: "1- Chamada do paciente. O médico responde voltando-se em sua ajuda com uma distância afetiva mínima. [...]. A linguagem não verbal será protagonista, devendo transmitir uma acolhida calorosa e uma disposição incondicional de ajuda [...]. 2- Afastamento e objetivação. O doente se converte em objeto de estudo e a distância afetiva se amplia de forma considerável. É o período da anamnese, das explorações e provas diagnósticas, fase da relação médico-paciente em que a neutralidade afetiva é necessária, ainda que dura para o enfermo. Nesta fase o médico buscará, mediante linguagem verbal, obter a maior informação possível. [...]. A linguagem verbal proporcionará aos médicos dados imprescindíveis para o diagnóstico e tratamento e, ao mesmo tempo, mediante linguagem não verbal, continuará transmitindo especial interesse. 3- Personalização. Uma vez estabelecido o plano terapêutico, o enfermo se converte em pessoa que sofre e com quem há de se estabelecer uma inter-relação humana. Durante esta etapa tem lugar o tratamento biológico e psicoterápico do paciente. [...]. Na terceira fase se desenvolverá a retórica do médico. A comunicação informativa-persuasiva e psicoterápica do médico dirigida ao enfermo e seus familiares constituem os aspectos retóricos da praxis médica." AGUIRRE, José Fermín Pietro. Palabra, *palabrería y verdad en el discurso del médico*. *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación* (2001, p. 1).

São fases multidimensionais que nem sempre se desenvolvem de maneira harmoniosa ou que se possa facilmente perceber a mudança de uma para a outra, mas que, obrigatoriamente, devem promover completa interação entre médico e paciente, permitindo que estabeleçam um diálogo pautado pela confiança e pelo respeito (e a identificação da linguagem utilizada pelo médico traz importantes pistas de como o relacionamento se desenvolve).

Fato é que a relação médico-paciente é, *a priori*, assimétrica: o médico¹⁷ detém o conhecimento e os meios técnicos, enquanto o enfermo se lhe apresenta com ausência de saúde, colocando bens indisponíveis como vida e integridade física e psíquica à mercê de sua atuação. Essa assimetria natural, no entanto, não se deve caracterizar pelo desequilíbrio, mas sim, por consideração e respeito mútuos, sustentáculos do diálogo que entre eles deve existir.

Contudo, as exigências da sociedade contemporânea não permitem a criação de vínculos afetivos com pessoas que são consideradas clientes, bem como essa proximidade não é aconselhada pelos diversos códigos de ética médica. Essa distância afetiva acabou não só despersonalizando a relação médico-paciente como, também, fez por muitos anos prevalecer o ideal paternalista como informador absoluto desse vínculo. Sobre a relação entre médico e paciente ensina Hildegard Taggesell Giostri que:

[...] a relação jurídica que se estabelece entre o profissional da saúde e o seu cliente insere-se no tipo *fato social de caráter externo*, já que existe e funciona independentemente da circunstância do paciente vir ou não a fazer uso do trabalho profissional do médico, ainda que esta função exista por ele e para ele. É, também, uma *relação jurídica* porque se submete a uma regulamentação, seja pelos códigos de ética, seja pela própria ordem jurídica, já que a profissão médica é liberada e legalizada pelo Estado, que a regula e disciplina. A *matéria* da relação jurídica é a própria atividade do profissional, que a identifica também como relação social.¹⁸

Pode-se, então, afirmar que a relação médico-paciente se realiza em três grandes dimensões intimamente interligadas: socioeconômica; técnico-científica e

17. Outro elemento promotor do desequilíbrio na relação é que em muitos casos o médico utiliza o seu conhecimento como forma de promoção de sua própria subsistência o que permite que “sua percepção do paciente oscile de forma dicotômica, ora o considerando como provedor de recursos – direto (quando consulta particular) ou indireto (nos casos de transferência de recursos por instituições ou sistemas de saúde) – ora percebendo-o segundo a perspectiva inerente ao ethos da profissão, onde o paciente é visto como ser humano doente, que necessita de cuidados.” (TAVARES, Marcelo Sousa. 2008, p. 126).

18. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação* (2004, p. 38).

intersubjetiva de ajuda. Portanto, para além do inegável valor social¹⁹ que à profissão médica se confere, é preciso tratá-la como uma relação sempre interpessoal e jurídica e que, por isso, não se submete apenas a códigos de ética, mas sim a leis que contêm regras e princípios que informam a prática médica.

No Brasil, a profissão médica é regulamentada pela Resolução nº 1.627/2001, do Conselho Federal de Medicina, que visa, inclusive, definir o alcance do ato médico. Segundo o art. 1º, são atos privativos (privilégio profissional) dos profissionais médicos²⁰ os que envolvam procedimentos diagnósticos ou impliquem indicação terapêutica quando dirigidos:

1- a promoção de saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária);

2- a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária);

3- a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária).

As ações médicas, via de regra²¹, devem estar voltadas para a promoção do bem-estar das pessoas aqui entendidas como: a profilaxia ou o diagnóstico de enfermidades; indicação e implementação de tratamento ou reabilitação; criação e aprimoramento de procedimentos técnicos; desenvolvimento recursos confiáveis para a identificação e tratamento de doenças. Portanto, atos que exigem a proximidade do doente com o médico, o que não significa, como se viu no capítulo anterior, que devam estar fisicamente presentes. Dessa forma, é atividade cujo exercício exige para além da coleta de diversos dados pessoais e clínicos, um diálogo participativo que deve levar em consideração a especial vulnerabilidade do enfermo em face do profissional, admitindo sua qualidade

19. O próprio Anexo A, da Resolução nº 1.627/2001, do CFM, reconhecendo a prática médica para além simplesmente da técnica, afirma que à Medicina se atribuem cinco funções sociais, quais sejam: *“assistência aos enfermos; pesquisa sobre doenças e sobre doentes; ensino das matérias médicas; exercício da perícia; supervisão de auditorias técnicas.”*

20. O Conselho Federal de Medicina reconhece como médico a pessoa formada em Medicina em estabelecimento educacional oficial ou oficialmente reconhecido, além de exigir que esteja regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina de seu respectivo Estado (Preâmbulo do Código de Ética Médica, item III). Segundo dados do próprio CFM, o Brasil conta com apenas 344.034 médicos ativos, em sua grande maioria localizados nos grandes centros urbanos ou em suas proximidades (Disponível no site: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp#>>. Acesso em 10 de janeiro de 2010). Isso reflete uma dura realidade, o fato do médico humanista e altruísta ser uma escolha rara que confirma a máxima italiana: *“la medicina es aquella que dice al pobre cómo podría curarse si fuera rico (RODRIGUEZ, Josep A. 1981, p.97). Tradução livre: “a medicina é aquela que diz ao pobre como poderia se curar se fosse rico.”*

21. Fala-se em regra, pois também se admite que o médico pratique atos de natureza não clínica, como por exemplo: atos administrativos (planejamento de serviços e programas); atos periciais; atos políticos (assessoria e conselho).

de paciente²², identificando-o como um ser autônomo, capaz de tomar decisões e realizar suas próprias escolhas, bem como, aceitando que em inúmeras vezes haverá incerteza do médico em face dos possíveis resultados de diagnósticos e medidas terapêuticas.

No novo contexto da Medicina, em que regras mercadológicas exercem fortes pressões e que as mais diversas tecnologias dão impulso a novas expectativas, a intermediação promovida pela Bioética aproximou médicos e pacientes e hoje “o respeito à integridade, à liberdade, à confidencialidade e à dignidade da pessoa humana são inalienáveis e fazem parte do cotidiano dos que trabalham em medicina”²³, considerando-se, dessa forma, a pessoa como um fim em si mesma.

A visão humanista dos atos médicos faz com que a relação médico-paciente passe a ser regida por diversos princípios éticos e jurídicos que tendem a ser um ponto de equilíbrio face às forças de mercado. Entre esses princípios, destacam-se, por sua relevância: o da veracidade, o da privacidade, o da confidencialidade, o da fidelidade e transparência, e o da confiança, todos também informadores do consentimento esclarecido. Princípios que visam preservar o enfermo em sua totalidade, equilibrando e harmonizando o vínculo e conferindo-lhe garantias mínimas não só quanto à relação jurídica desenvolvida entre os sujeitos, mas também quanto à proteção dos dados fornecidos em consultas e exames clínicos.

2. CONCEITO DE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

O exercício da Medicina, independente se com o paciente presente ou distante, envolve bens considerados indisponíveis pela Constituição Federal brasileira, tais como saúde, integridade física, vida e intimidade e, por isso, é crescente a preocupação ética e jurídica com as práticas médicas.

A informação dada ao paciente ou a quem por ele é responsável deve ser clara, objetiva e compreensível, sendo importantíssimo que o médico documente todo esse processo, não só para sua própria segurança, mas como garantia das opiniões dadas ao paciente e da adequada prestação dos serviços contratados.

A expressão consentimento informado foi traduzida do inglês *informed consent*, não havendo uniformidade entre os autores brasileiros sobre essa

22. O Anexo A, da Resolução nº 1.627/2001, esclarece que “a designação paciente, tradicionalmente atribuída aos clientes dos médicos (e de outros profissionais da saúde), importa em destacar o reconhecimento de sua qualidade de enfermo não só como objeto de uma atuação científico-técnica, mas, principalmente, como sujeito de uma interação interpessoal responsável e humana dirigida para libertá-lo do padecimento. Aliás, ao contrário do que muita gente parece pensar, o termo **paciente** provém de sofrente, molestado, afetado negativamente por uma enfermidade. Não tem qualquer conotação de passividade ou de dependência (nem com ter paciência, esperar passivamente, deixar-se levar, submeter-se ou agir pacificamente”.

23. (COSTA, Sérgio I. Ferreira; PESSINI, Leo. 2004, p. 189) *Ética e medicina no limiar de um novo tempo: alguns desafios emergentes*.

denominação, o que levou aos mais diversos termos: consentimento esclarecido; consentimento pós-informado; consentimento consciente, etc., sem que se possa identificar uma diferença substancial de conceitos entre eles (podem, portanto, ser usados como sinônimos).

A origem da expressão não é muito clara. A primeira notícia de que se tem conhecimento sobre a necessidade de um consentimento do paciente para prática de atos médicos é o julgamento do caso *Slater v. Baker & Stapleton*, em 1767, na Inglaterra. O documento considerado percussor do termo de consentimento informado²⁴ data de 1833 e foi firmado entre o pesquisador Alexis St.Martin e o pesquisador William Beaumont, nos Estados Unidos. A expressão consentimento informado foi utilizada pela primeira vez ainda em 1833 no Código de Experimentação Ética e Responsável, elaborado pelo mesmo Dr. Beaumont. A expressão *informed consent*, tal qual se conhece atualmente, foi utilizada pela primeira vez apenas em 1957 na decisão judicial proferida no caso *Salgo v. Leland Stanford Junior e University of Trustees*, na Califórnia, Estados Unidos.

Foi somente no início do século XX que surgiram as primeiras recomendações governamentais a esse respeito (Prússia e Alemanha). A necessidade de obtenção do consentimento informado para realização de procedimentos médicos tornou-se mais evidente após a II Guerra Mundial, quando surgiram as primeiras considerações éticas internacionais sobre experimentações em seres humanos.

O consentimento informado tem seus fundamentos no Código de Nuremberg (1947), implícitos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Declaração de Helsinque (1964/VII-2008)²⁵, com referência no Informe Belmont (1978-USA), nas Diretrizes Internacionais para Pesquisa em Seres Humanos (CIOMS, 1993) e, no Brasil, no Código de Ética Médica Brasileiro (Resolução nº 1931/09, CFM), na Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança), na Resolução 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, na Resolução nº 1605/2000, do CFM, citando-se as principais.

Assim, o consentimento informado (oral ou escrito²⁶) consiste no reconhecimento da autonomia do paciente em se submeter ou não a técnicas médicas de pesquisa, prevenção, diagnóstico e tratamento, respeitados suas crenças e valores morais, direitos considerados de personalidade pelo art. 15, do Código

24. Assemelhava-se mais a uma autorização ou a um contrato do que propriamente a um termo de consentimento informado como se conhece hoje.

25. Recepcionada no Brasil pela Resolução 671/75, do CFM, é também denominada Recomendações para Guia dos Médicos na Pesquisa Clínica.

26. É aconselhável que as duas práticas sejam utilizadas concomitantemente, o que auxilia na compreensão por parte do paciente e no esclarecimento de suas dúvidas, sendo conveniente que o consentimento seja obtido próximo ao ato médico, mas com tempo hábil para que a decisão não seja tomada sob pressão.

Civil. Trata-se de decisão livre, voluntária, refletida, autônoma, não-induzida, tomada após um processo informativo e deliberativo sobre o procedimento ou procedimentos biomédicos a serem adotados nos termos informados.

Na lição de Joaquim Clotet “a prática ou a obtenção do consentimento informado no exercício da Medicina e a pesquisa em seres humanos são próprias das últimas décadas e caracterizam o aperfeiçoamento da ética biomédica”.

Ao consentimento livre e esclarecido é atribuído hoje particular significado humanitário, ético (arts. 22; 101; 110, do Código de Ética Médica) e jurídico em face dos constantes avanços biotecnológicos que tantas vezes colocam em risco princípios constitucionais e direitos fundamentais da pessoa humana, pois reconhece e fortalece, numa prática dialogada, a capacidade de autodeterminação²⁷ do indivíduo.

A regulamentação jurídica do consentimento informado com regras rígidas e fechadas é perigosa e deve ser evitada, pois muitas vezes não coincidiriam com a realidade socioeconômica e cultural dos médicos e pacientes e poderiam levar a autorizações totalmente viciadas sem qualquer eficácia jurídica. É importante, nessa área, apontar elementos gerais e universais que possam obrigatoriamente constar nos termos, mas nunca limitar as suas redações à linguagem técnica ou jurídica, ou a conteúdos expressamente pré-determinados, sob pena de torná-lo inócuo aos fins a que se destina.

Face a essa lacuna ética-legislativa sobre os modos de informação, Joaquim Clotet indica que “um dos modelos usados para obter o consentimento informado é o do ‘homem racional’, presente nos casos *Canterbury v. Spence* e *Cobbs v. Grant*. Esse paradigma poderia ser explicado da seguinte maneira: ‘um médico deveria informar o seu paciente na forma com que um homem racional gostaria de saber’. A aplicação desse princípio permite várias formas de execução” que ficariam à escolha do médico conforme sua percepção do estado físico e mental do paciente²⁸, de sua cultura e grau de instrução, considerando-se o prognóstico, o diagnóstico e o tratamento. Conclui Marilise Baú (2009, [s.p]) que:

A real importância do consentimento está, no cumprimento da lei, no sentido de fazer respeitar os direitos fundamentais da pessoa e trazer à

27. Ressalte-se que a autonomia privada não é mais totalmente livre. O homem é senhor de seu destino, mas deve observar e respeitar os limites estabelecidos por princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais como vida, saúde e integridade física, direitos irrenunciáveis e inalienáveis. Deve-se levar em consideração que, com o advento do Estado Social, a autonomia passou a expressar-se como princípio de liberdade moral e não mais como liberdade para todos os atos civis lícitos ou não defesos em lei, sendo o consentimento informado uma manifestação daquela liberdade moral.

28. É o denominado privilégio terapêutico. O médico analisa as condições físicas e psíquicas do paciente para determinar até onde podem chegar as informações sobre tratamento, diagnóstico e prognóstico, para que o bem-estar presente do paciente não seja abalado.

responsabilidade ou chamar a atenção do pesquisador ou do profissional da área médica que poderá responder por seus atos, e em fazer valer a vontade do paciente capaz, mesmo que esta consciência surja, em um primeiro momento, pelo temor à sanção penal e civil.²⁹

O consentimento informado é um importante instrumento de validade ética e jurídica dos atos médicos capaz de reconhecer a autodeterminação da pessoa como um de seus pilares.

2.1 ELEMENTOS DO CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

O consentimento esclarecido é considerado um ato jurídico voluntário, personalíssimo e unilateral³⁰ e, portanto, deve possuir como elementos:

I- Capacidade para consentir. A pessoa deve ser juridicamente capaz de assumir livremente deveres e obrigações. A capacidade é condição personalíssima indispensável para qualquer ato da vida civil. O indivíduo deve ser capaz de tomar decisões independentes e racionais, podendo assumir as consequências e os efeitos que desse ato possam advir, para que as suas decisões possam ser consideradas ética e juridicamente válidas. É seu direito também a recusa em receber a informação por ansiedade, por confiar no médico, ou simplesmente por não lhe interessar.

II- Voluntariedade. É o consentimento livre de qualquer vício, estimulando-se o paciente a tirar suas dúvidas, expor seus temores, ansiosos e expectativas.

III- Autorização (ativa) ou Consentimento. É a tomada da decisão propriamente dita. Pode ser escrita ou oral, sendo aquela forma considerada a mais indicada e a mais segura juridicamente.

IV- Informação³¹ prévia, clara, aproximativa da realidade, honesta e adequada à compreensão e ao estado emocional do interlocutor. É a informação dialogada e o mais próxima possível da completude e da verdade sobre objetivos, riscos, benefícios, probabilidades de sucesso, métodos, técnicas, duração, etc., de procedimentos que afetarão a saúde ou a integridade física ou psíquica da pessoa³². Para que seja possível a compreensão pelo paciente ou seu responsável é preciso que o médico tenha sensibilidade suficiente para saber que tipo de linguagem empregar, não podendo

29. BAÚ, Marilise. *Capacidade jurídica e consentimento informado* (2009, [s.p]).

30. O consentimento não deve ser confundido com o contrato de prestação de serviços existente entre médico e paciente.

31. FORTES, C.A.C (1994, [s.p.]) ensina que na literatura médica há três padrões de informação. O primeiro é o padrão da prática profissional em geral, em que o médico revela o que um profissional de saúde comum e consciencioso revelaria em condições similares. O segundo padrão é o do paciente ou sujeito da pesquisa "médicos", em que se determina o quanto de informação deve ser revelada levando-se em consideração condições socioculturais. O terceiro padrão é o subjetivo, no qual o médico procura uma abordagem informativa apropriada e personalizada – é o que mais se ajusta às exigências éticas e legais.

32. O consentimento informado deverá ser renovado toda vez que houver alguma alteração substancial no procedimento ou no estado de saúde do paciente.

induzir a tomada da decisão, nem prometer vantagens econômicas.

V- **Termo de consentimento:** o termo de consentimento informado é a materialização de todo o processo de informação, é o ato derradeiro e não se confunde com o contrato de prestação de serviços biomédicos. O termo em uma visão mais simplista é mera autorização esclarecida e consciente para a realização do procedimento investigativo, diagnóstico, terapêutico ou de levantamento e coleta de dados.

No termo deverá constar assinatura do médico ou do responsável pela equipe médica ou pelas informações; assinatura do paciente ou de seu representante legal; descrições claras e precisas sobre procedimentos e profissionais envolvidos, duração, forma, meio, etapas, métodos e técnicas utilizados na conduta médica.

Sobre o objeto sobre o qual se consente, destaca Carlos Maria Romeo Casabona que “a manifestação do consentimento deve se referir necessariamente à classe do ato médico (de diagnóstico ou tratamento) e os limites ou extensão deste. A princípio, o consentimento se estende unicamente ao relatado na informação proporcionada pelo facultativo”³³. Portanto, importante descrever na riqueza de detalhes possível o conteúdo da informação prestada ao paciente e sobre que atos está realmente ele consentindo.

Os elementos do consentimento esclarecido são na verdade pressupostos éticos e jurídicos que informam a relação médico-paciente. Por isso, no termo de consentimento deverão constar obrigatoriamente os benefícios e riscos (possibilidades de sucesso ou insucesso) do procedimento em linguagem clara e objetiva de fácil compreensão pela pessoa que irá consentir.

O termo é documento que descreve expressamente exatamente tudo o que foi passado ao paciente ou seu responsável e as probabilidades positivas e negativas do procedimento médico. É garantia dada ao paciente de que foi corretamente orientado e do médico de que explicou adequadamente toda a prática, o que não os exime das responsabilidades que possam advir de um insucesso³⁴ ou de vazamento de informações particulares. Neste sentido, afirma Zamprongna Matielo (1998, p. 108) “é que o consentimento tem seus efeitos limitados à atuação dentro dos padrões normalmente vigentes na Medicina,

33. CASABONA, Carlos Maria Romeo *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos* (2004, p. 159).

34. Vide arts. 186 e 187, arts. 927 a 953, todos do CC/02.

Art. 186, CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187, CC. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927, CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

em nada influenciando sobre o dever de recompor os males por ventura provocados por imprudência, negligência ou imperícia. Continuam intactas todas as obrigações contratualmente assumidas[...]”³⁵, mesmo se existente cláusula de exoneração ou de limitação da responsabilidade.

Os elementos aqui descritos são parâmetros a serem observados na produção da informação ao paciente e não excluem outros elementos subsidiários que se fizerem necessários em cada caso particular, conforme o melhor entendimento do facultativo.

2.2 CAPACIDADE PARA CONSENTIR

O Código Civil Brasileiro/2002 é claro ao definir quem tem capacidade para consentir e quem não a tem e já em seu art. 1º determina que *toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*.

Assim, são absolutamente incapazes para consentir, nos termos do art. 3º, do CC: os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Já o art. 4º, do CC, trata das pessoas relativamente incapazes para consentir, são elas: os maiores de 16 anos e menores de 18 anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos.

Portanto, para que o consentimento seja considerado válido é preciso além da capacidade jurídica, a aptidão para compreendê-lo e para consentir quanto ao seu conteúdo e quanto ao procedimento médico a ser adotado, independente de ser este educativo, preventivo, diagnóstico ou terapêutico.

Os absolutamente incapazes no ato do consentimento deverão ser representados por quem de direito, sendo dessa pessoa a responsabilidade e o direito de autorizar ou não o ato médico. Já os relativamente incapazes deverão ser assistidos por um representante legal no ato do consentimento que deverá orientá-lo, aconselhando-se, nesses casos, que o médico procure fazer com que a decisão tomada seja representativa da convergência de opiniões, de desejos e de expectativas do assistido e de seu assistente.

Além da capacidade para consentir, para ser válido é preciso que o consentimento não seja utilizado em práticas ilícitas, não seja eivado de vícios como erro (art. 138 a 144, CC/02), dolo (art. 145 a 150, CC/02), coação (art. 151 a 155, CC/02), simulação (art. 167, CC/02). Deve possuir objeto lícito, possível e determinado, livre de qualquer pressão interna (causada por distúrbios psicológicos) ou externa (causada por médicos ou familiares) cujo objetivo maior deve ser a recuperação da saúde ou melhora na qualidade de vida.

35. MATIELO, Zamprongna. *Responsabilidade civil do médico* (1998, p. 108).

3. NECESSIDADE JURÍDICA DO CONSENTIMENTO E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

Embora não haja no Brasil legislação específica que regule o tema consentimento esclarecido na prática da Medicina, princípios gerais do Direito, princípios constitucionais e legislação de defesa do consumidor podem ser consideradas suficientes para obrigar as partes contratantes desses serviços a se submeterem aos seus ditames mais elementares, como por exemplo, aos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da segurança, do dever de informação, da transparência e da intimidade.

Os contratantes da Medicina não podem se furtar à aplicação da lei simplesmente sob a alegação de que não há lei específica regulamentando o assunto. O ordenamento jurídico brasileiro possui normas gerais suficientes para tutelar a maioria dessas situações que já constituem um fato social relevante. É evidente que as lacunas jurídicas precisarão ser preenchidas por uma regulamentação mais específica, pois diversos são os procedimentos médicos, variando em grau de complexidade e objetivos que precisam da tutela jurídica.

Nesse sentido, ensina José Gomes Canotilho, que a regulática (valorização das demais fontes do Direito além do ordenamento jurídico) pode fornecer soluções flexíveis à aplicação do Direito a casos concretos, como os resultantes da prática da Medicina,

O estudo das fontes do direito no âmbito do direito constitucional está tradicionalmente vinculado a uma visão estatocêntrica da criação do direito. O monopólio de normação jurídica pertenceria ao Estado ou, pelo menos, a entidades públicas dotadas de prerrogativas normatizadoras. No entanto, de vários quadrantes – desde algumas correntes de Filosofia do Direito e metodologias jurídicas até as teorias ordenamentais do pluralismo jurídico, passando pelas correntes da Sociologia crítica e da Antropologia jurídica – se insiste na inadequação e até irrealismo de uma tal visão. Nos tempos recentes, tem-se acentuado uma nova perspectiva designada regulática. O ponto de partida da regulática é, tendencialmente este: as mudanças estruturais das sociedades tornam clara a necessidade de o Direito não ser considerado como regulador heterônomo das relações sociais, mas como instrumento de trabalho para a autorregulação das relações sociais. Consequentemente, o problema das fontes de Direito deve ter em consideração não apenas as questões ligadas às regulações legais, mas também as normações jurídicas de qualquer gênero, como por exemplo, contratos, sentenças, normas privadas das empresas e associações e até o ‘direito achado na rua’. Numa palavra: tem que tomar em conta o processo juris-sociológico de produção do Direito. Além disso, uma compreensão moderna (rectius: pós-moderna) das fontes de Direito deve também responder às mudanças das estruturas sociais num sentido individualizante, e por isso, causadoras de modelos de regulação flexíveis.³⁶

36. CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* (p. 24-25).

Dessa forma, independente da espécie do procedimento biomédico a ser praticado ou da existência ou não de previsão legal a respeito, o consentimento esclarecido será sempre ética e juridicamente necessário, pois se trata de princípio legitimador da prática médica e garantidor de direitos fundamentais dos pacientes.

Fritjof Capra, citado por Júlio César de Sá da Rocha (2010, p. 43) afirma que “a saúde é uma busca contínua pelo equilíbrio entre influências ambientais, modo de vida e os vários componentes”³⁷. As conquistas da Biomedicina fizeram essa busca tornar-se ainda mais persistente, criando um fenômeno de disposição da saúde e da integridade física vedado pelo ordenamento jurídico constitucional no qual pacientes simplesmente dão carta branca a seus médicos para utilizarem todos os meios de que tenham conhecimento e disponibilidade para se chegar à almejada recuperação da saúde.

Com o advento do Estado Social e a limitação da autonomia privada constatou-se que a saúde não poderia continuar sendo tutelada por essa ótica eminentemente individualista e consensualista. As Constituições sociais, como a brasileira de 1988, visam tutelar a igualdade e a dignidade de todos os cidadãos, por meio de uma atuação intervencionista capaz de garantir o equilíbrio formal e material nas relações privadas. A pessoa ganhou o *status* de centro do ordenamento jurídico, o que fez com que se levasse em consideração além da manifestação da vontade na formação e execução dos contratos, os seus reflexos na sociedade em que seus efeitos serão produzidos, o que, por si só, justifica a importância jurídica do consentimento esclarecido no desenvolvimento e na prática médica.

Esse processo de elevação do indivíduo como centro do ordenamento jurídico leva à conclusão de que toda a intervenção sobre o corpo da pessoa que consente na prática da Medicina será lícita enquanto respeitados os limites da liberdade e da dignidade da pessoa humana e os deveres constitucionais de salvaguarda da vida, integridade física e psíquica e saúde. Ultrapassados esses limites, mesmo havendo o consentimento esclarecido o ato médico será considerado ilícito, uma verdadeira afronta aos ditames constitucionais.

A necessidade jurídica do consentimento informado fundamenta-se na necessidade de tutela jurídica do paciente, como elemento de equilíbrio econômico e social. A prática de atos médicos tem implicações sociais cuja manutenção da ordem jurídica e social depende de uma firme intervenção do Estado como garantidor de direitos básicos e, principalmente, como fiscalizador das práticas contratadas.

O consentimento é a expressão máxima do direito constitucional à liber-

37. ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos*. (2010, p. 43).

dade e autodeterminação e, conforme ensina Mantovani, é princípio que se coloca no âmago da licitude da biomedicina porque:

- a) expressa uma escolha ideológica de fundo quanto ao modo de conceber a relação paciente/médico/estrutura hospitalar, baseada mais nos direitos do paciente que nos deveres paternalistas do médico;
- b) vem ressaltar, frente às temíveis mentalidades científicistas, que tendem a arrogar sobre o paciente poderes que nunca ninguém lhe concedeu, que os poderes e deveres do médico encontram sua legitimação e primeiro fundamento no consentimento do sujeito.³⁸

Portanto, admite-se que o consentimento informado **pode** ser dispensado apenas e tão somente nos casos que envolvem urgência ou emergência³⁹, devido à gravidade da situação e rapidez com que se tem que providenciar o atendimento médico, mas a exceção não sobriga o médico do dever de informação (à família ou ao próprio paciente) assim que a situação for controlada, sendo a dispensa nos demais casos considerada completamente ilícita e abusiva.

Ao consentimento então, impõem-se o dever de veracidade que, embora não tenha um núcleo muito bem definido e constantemente seja banalizado ou relativizado subjetivamente pelos diversos códigos de ética médica, não deve ter por foco de discussão se os médicos devem ou não contar a verdade ao paciente; mas sim, devem observar que a veracidade “*in the health care setting refers to comprehensive, accurate, and objective transmission of information, as well as to the way the professional fosters the patient’s or subject’s understanding*”⁴⁰. Deve-se, então, garantir que o paciente exerça objetivamente o direito à informação, não cabendo ao médico, do seu ponto de vista subjetivo, escolher o que pode ou não contar ao paciente. Por óbvio, é dever jurídico cujo cumprimento exige cuidados especiais. Precauções que não podem ser pensadas como um poder arbitrário do médico, mas sim, percebidas como um direito do paciente a ser informado.

Também informador do consentimento é o direito fundamental à privacidade. Direito que se refere às projeções da pessoa na sociedade e sobre si mesma, sendo muito mais do que mero direito subjetivo. A privacidade confere à pessoa condições de realização da liberdade de escolhas existenciais, de desenvolvimento da própria personalidade. Afirma Danilo Doneda que:

38. MANTOVANI, F. *Sobre o genoma humano e manipulações genéticas* (2002, p. 162).

39. Conforme a Resolução nº 1.451/95, do CFM, urgência é a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata. Já a emergência é a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem risco eminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

40. Tradução Livre: “a veracidade no âmbito do cuidado à saúde refere-se à transmissão completa, precisa e objetiva de informações bem como à forma como o profissional promove a compreensão do paciente ou sujeito”. (BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F., 2009, p. 289).

A privacidade assume, portanto, posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior – na lógica da exclusão – mas como elemento positivo, indutor da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. [...]. A privacidade assume, então, um caráter relacional, que deve determinar o nível de relação da própria personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior – pela qual a pessoa determina sua inserção e de exposição. Este processo tem como resultado o fortalecimento de uma esfera privada do indivíduo – esfera que não é a de Hubman *[sic]*, mas sim, na qual seja possível a construção da individualidade e o livre desenvolvimento da personalidade sem a pressão indevida de mecanismos de controle social.⁴¹

Assim, atualmente, deve-se ter por privacidade o direito a manter o controle sobre as próprias informações (em especial aquelas inseridas em bancos de dados considerados sensíveis), tendo por finalidade a construção da esfera privada na concretização do livre desenvolvimento da personalidade. Não há dúvidas de que os dados médicos “*relacionam-se com aspectos íntimos da pessoa, tomada como ente individual – pela proteção de seus valores íntimos – e como ente coletivo – em razão da projeção social de tais valores*”⁴², o que torna a privacidade um importante direito informador da relação médico-paciente, podendo nessa ser identificadas quatro grandes e amplas categorias de privacidade:

[...] informational privacy, *which biomedical ethics often emphasizes*; physical privacy, *which focuses on persons and their personal spaces*; decisional privacy, *which concerns personal choices*; and proprietary privacy, *which highlights property interests in the human person.*⁴³

Dessa forma, não cabe, ao médico, julgar o que é íntimo ou não, o que pode ou não ser revelado. Essa decisão, via de regra, pertence ao próprio enfermo, que apenas não poderá defender a indisponibilidade de sua intimidade face a situações que caracterizem justa causa (como, por exemplo, o controle epidemiológico). Assim como há um novo direito à privacidade na Sociedade de Informação, há um novo direito ao sigilo dos dados médicos.

Além do dever de veracidade e do direito à privacidade, impõe-se ao consentimento a confidencialidade que decorre de uma exigência social e ética que informará não só a relação entre confidentes, mas também, face a terceiros

41. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais* (2006, p. 142-146).

42. FERREIRA, Carlos Alberto G., 2008, p. 228.

43. Tradução livre: “[...] privacidade informacional, que muitas vezes enfatiza a ética biomédica; privacidade física, que incide sobre as pessoas e seus espaços pessoais; privacidade de decisão, que diz respeito às escolhas pessoais; propriedade privada, que destaca os interesses de propriedade da pessoa humana.” (BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F., 2009, p. 303).

que deverão, via de regra, respeitar o segredo⁴⁴. Trata-se, ainda, de um direito do paciente em controlar o acesso à sua informação pessoal o que lhe confere nítida natureza pública, qual seja, preservar o direito à saúde e impedir que dados médicos sejam utilizados como forma de exclusão social. Fundamenta-se a confidencialidade nos seguintes raciocínios que lhe dão sustentação: o consensualismo (fundamento utilitarista); os direitos à autonomia; à intimidade e a fidelidade; a harmonia social. Afirma Pilar Nicolás Jiménez (2006, p. 146) que:

Su base constitucional es el reconocimiento del derecho a la intimidad, y su fundamento es la posibilidad de acceso a la vida privada de otro, necesaria para llevar a cabo una relación satisfactoria entre el profesional y su cliente o paciente, que trae como consecuencia una limitación en la preservación de la intimidad, o el derecho del cliente o paciente a controlar su información personal. ***La confidencialidad por tanto tiene un valor instrumental, no es un fin en sí misma y, como instrumento, debe ser valorada en función del fin que persigue, y sus límites se configurarán en función de que los intereses protegidos sean legítimos***⁴⁵. (sem grifo no original).

Assim, do ponto de vista utilitarista o princípio da confidencialidade está intimamente ligado à autonomia do paciente e à clássica e estanque distinção entre esfera pública e esfera privada. Daí se entender que a confidencialidade, como foi concebida (imaginada), é anacrônica⁴⁶, ou seja, na atual sociedade representa mais uma conveniente ficção frequentemente não observada pelos profissionais da área de saúde e pelos próprios pacientes⁴⁷ e que, aparentemente, não

44. Alguns autores trabalham com os graus de confidencialidade de acordo com o tipo de informação prestada: sigiloso, estritamente confidencial, etc. Certo é que, uma informação médica é, em regra sigilosa, a divulgação dos dados clínicos aceita apenas excepcionalmente (autorização do paciente; determinação legal ou judicial ou até mesmo razões sociais), como se visto adiante.

45. Tradução livre: “sua base constitucional é o reconhecimento do direito à intimidade, e seu fundamento é a possibilidade de acesso à vida privada do outro, necessária para levar a cabo uma relação satisfatória entre o profissional e seu cliente ou paciente, que traz como consequência uma limitação na preservação da intimidade, o direito do cliente ou paciente a controlar sua informação pessoal. **A confidencialidade, portanto, tem um valor instrumental, não é um fim em si mesma e, como instrumento, deve ser valorada em função do fim que persegue, e seus limites se configuram em função de interesses legitimamente protegidos. (grifo nosso)**”. JIMÉNEZ, Pilar Nicolás (2006, p. 146).

46. Mark Siegler (2008, p. 597), em 1982, já afirmava ser um conceito decrépito porque o que médico e paciente entendem ser por confidencialidade já não existe mais, justamente em face do número de profissionais que têm contato com os documentos clínicos de um paciente, enquanto internado em instituição hospitalar.

47. Nesse sentido, afirmam Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2009, p. 303) que “[...] some commentators ridicule these confidentiality rules as little more than a convenient fiction, publicly acknowledged by health care professionals and their professional organizations, but widely ignored and violated in practice. We agree that, unless there is a medical culture that values the protection of

causou o alegado colapso da profissão conforme prenunciado por aqueles que defendem o segredo médico como uma necessidade absoluta. No entanto, não há dúvidas de que se trata de importante direito-dever que deve ser observado em todas as relações médicas.

Impõe-se, ainda o dever de fidelidade, ou seja, que o médico, reconhecendo a autonomia do paciente, aja da maneira mais transparente possível na busca da recuperação do enfermo. Também é dever que se impõe ao paciente que deve prestar todas as informações referentes ao seu estado geral, conforme lhe perguntar o facultativo. A fidelidade exige um agir de maneira transparente, princípio que decorre da boa-fé objetiva, impondo que haja clareza qualitativa e quantitativa da informação prestada, garantindo-se, dessa forma, uma aproximação honesta entre médico e paciente que, por consequência, realizarão uma relação marcada indelevelmente pela cooperação mútua.

O médico responde à confiança nele depositada colocando seus conhecimentos a serviço do paciente, protegendo sua integridade física e psíquica e zelando pela sua intimidade e de seus dados clínicos, respeitando a sua autonomia. O paciente responde à lealdade do médico revelando-lhe o que for necessário ao seu diagnóstico e tratamento, cumprindo as determinações terapêuticas e, até mesmo, lutando por sua cura. Portanto, não há dúvida que a fidelidade, a transparência e a confiança são princípios basilares que orientam a relação médico-paciente e a coleta de dados clínicos, visando simplificar⁴⁸ as condutas impondo, com isso, um relacionamento mais humanizado e o reconhecimento da especial condição do enfermo.

Assim, veracidade, privacidade, confidencialidade, fidelidade, transparência e confiança, não são apenas referências éticas genéricas, ou direitos e deveres impostos em relações de consumo, mas sim cláusulas gerais que vão além de meros ideais de comportamento, exercendo papel jurídico harmonizador da relação médico-paciente, qualquer que seja a sua origem.

health information, the rules are merely ceremonial." Tradução livre: "alguns ridicularizam estas regras de confidencialidade tratando-as mais como uma conveniente ficção publicamente defendida por profissionais da área de saúde e suas associações profissionais, mas amplamente ignoradas e violadas na prática. Concordamos que, a menos que haja uma cultura médica que valoriza a proteção de informações de saúde, as regras são meramente cerimoniais."

48. Ricardo Luis Lorenzetti (2000, p. 12) afirma que "a conduta individual tende a ser simplificada, reduzindo-se os custos e o esgotamento psicológico que significaria pretender entender cada um dos sistemas com os quais o indivíduo interage. Um ser racionalmente orientado não poderia viver, porque deveria solicitar informações sobre cada sistema, conhecê-lo, para daí sim agir." Dessa forma, impondo-se o dever de transparência e de confiança pretende-se simplificar relações (que são naturalmente complexas), uma vez que a informação passa a ser um dever a todos imposto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A NOVA CONCEPÇÃO DO CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

A relação médico-paciente se exerce sobre um objeto especialmente tutelado pelo Direito: o corpo humano e, justamente por isso, exige que entre os sujeitos desse vínculo se desenvolva um relacionamento embasado na fidelidade, transparência e confiança. Ensina Elio Sgreccia que:

Aparece assim, cada vez mais nítido, o eixo da problemática ética na Medicina: a relação médico-paciente entendida na fidelidade subordinada do médico aos valores absolutos da pessoa humana, fidelidade essa no sentido de uma valorização e reavaliação constante dessa relação. Isto é o que comporta uma impostação personalista da Medicina.⁴⁹

A relação facultativo-enfermo exige para a consecução dos seus fins o respeito à dignidade da pessoa humana, uma via, obviamente de duas mãos. O médico não pode ser paternalista ao ponto de desconsiderar totalmente a vontade do paciente expondo a sua integridade física e psíquica a decisões autoritárias e subjetivas; bem como, o enfermo não pode exigir que o facultativo realize atos que contrariem sua formação ética⁵⁰ ou a lei, ou ainda, que estejam além de suas habilidades e conhecimentos profissionais.

Nesse contexto, o consentimento esclarecido para além de um valor humanitário (cujo fundamento está no personalismo) é exigência jurídica imposta a toda a relação médico-paciente a partir do abandono da cultura médica paternalista, reconhecimento da autonomia (do enfermo e do titular dos dados clínicos)⁵¹ e do redimensionamento do direito à informação. Consentimento significa “*approval or agreement with the actions or opinions of another*”⁵² e a Medicina impõe que o médico atue no (e conforme o) interesse

49. SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. I- Fundamentos e ética biomédica (2002, p. 196).

50. Nesse sentido, determina o Código de Ética Médica: **Capítulo I – item 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.

Capítulo II – item IX, do Código de Ética Médica. É direito do médico: recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

51. Afirma Julio Cesar Galán Cortes (2001, p. 46) que “[...] *o modelo de autonomia se origina en el imperativo moral de procurar los mejores intereses del paciente. [...] en tal forma que no predomina inexorablemente el criterio objetivo de la ciencia médica, sino que resulta primordial la escala de valores de cada individuo, que resulta coincidente o divergente de la que en cada caso determinaría la ciencia médica.*” Tradução livre: “[...] *o modelo de autonomia se origina no imperativo moral de procurar os melhores interesses do paciente. [...] de tal forma que não predomina inexoravelmente o critério objetivo da ciência médica, mas é vital que a escala de valores de cada indivíduo resulte coincidente ou divergente da que em cada caso determinaria a ciência médica.*”

52. VEATCH, Robert M., 2008, p. 636. Tradução livre: “*aprovação ou concordância com ações ou opiniões de outros.*”

do paciente, independente da complexidade da situação enfrentada.

O consentimento esclarecido (oral ou escrito) consiste, então, no reconhecimento da autonomia do paciente em se submeter ou não a técnicas médicas (de pesquisa, prevenção, diagnóstico e tratamento); no direito de decidir sobre fornecer ou não seus dados pessoais e/ou clínicos, respeitando-se crenças e valores morais. Trata-se de decisão que deve ser livre, voluntária, refletida, não-induzida, tomada após um processo informativo, dialógico⁵³ e deliberativo sobre os procedimentos médicos a serem adotados ou sobre a destinação a ser dada aos dados coletados, nos termos devidamente e previamente informados e esclarecidos. É, por isso, apresentado de duas formas na Medicina:

In the first sense, informed consent is analyzable through the account of autonomous choice [...]: an informed consent is an individual's autonomous authorization of a medical intervention or of participation in research. In this first sense, a person must do more than express agreement or comply with a proposal. He or she must authorize something through an act of informed and voluntary consent. [...]. In the second sense, informed consent is analyzable in terms of social rules of consent that maintain that one must obtain legally or institutionally valid consent from patients or subjects before proceeding with diagnostic, therapeutic, or research procedures. Informed consents are not necessarily autonomous acts under these rules and sometimes are not even meaningful authorizations.⁵⁴

O enfermo (ou pesquisado), por sua própria condição encontra-se em uma situação de vulnerabilidade especial⁵⁵ diante do facultativo (ou pesquisador),

53. Porque o médico “[...] não pode assumir sozinho a responsabilidade de uma intervenção, mas deve compartilhá-la com o paciente, orientando-o sobre as possibilidades e riscos que envolvem o tratamento e interrogando-o sobre sua vontade de suportar os ditos riscos, e, portanto, sobre a intervenção. [...]”. Consequentemente, em primeiro lugar, não se trata de uma imposição a mais do ordenamento jurídico ou de uma sequela dessa recente impregnação ‘bioética’ de todo médico, como se pretendesse sobrecarregar a lista de obrigações em geral já muito complexa que os médicos têm que satisfazer. Ao contrário, trata-se de uma espécie de contrapartida ao paciente, um dos pressupostos para o exercício de sua própria autonomia em um âmbito de sua vida pessoal que, em muitas ocasiões, pode chegar a ser de extraordinária transcendência para ele e seu entorno’ (CASABONA, Carlos María Romeo, 2004, p. 130-131).

54. Tradução livre: “no primeiro sentido, o consentimento informado é analisável por meio da escolha autônoma [...]: um consentimento informado é a autorização autônoma de um indivíduo para intervenção médica ou participação em pesquisa. Neste primeiro sentido, uma pessoa deve fazer mais do que o acordo expresso ou cumprir com uma proposta. Ele ou ela deve autorizar algo por meio de um ato de consentimento informado e voluntário. [...]. No segundo sentido, o consentimento informado é analisável em termos de regras sociais de consentimento que defendem que se deve obter uma autorização legal ou institucionalmente válida de pacientes ou de indivíduos antes de prosseguir com diagnóstico, terapêutica, ou procedimentos de investigação. Consentimentos informados não são necessariamente atos autônomos sob estas regras e às vezes nem sequer são autorizações significativas”. (BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. (2009, p. 119).

55. O que, obviamente, não é por si só suficiente para lhe retirar a capacidade para consentir. Jussara Maria Leal de Meirelles (2002, p. 352-353) destaca que na relação médico-paciente, além

pois “diante do médico que possui conhecimento técnico, julgamento, estatuto profissional e, portanto, autoridade, o paciente desempenha apenas um papel de dependência”⁵⁶. É justamente para evitar que o paciente seja tido como um mero brinquedo na mão dos médicos ou que seus dados clínicos sejam livremente dissociados e acessados por terceiros, pesquisadores e/ou empresas farmacêuticas e para exigir o respeito à sua dignidade, que se impõe juridicamente, a partir da segunda metade do século XX, a obtenção do consentimento esclarecido (que deve estar em perfeito equilíbrio com os princípios da beneficência e não-maleficência), autorização que comporta três categorias de informações⁵⁷ que, embora semelhantes em seus conteúdos, diferem quanto aos seus objetivos: a) a informação como objeto de consulta ou finalidade do ato médico; b) a informação como parte do tratamento (informação terapêutica); c) a informação como pressuposto do consentimento. Explica Carlos María Romeo Casabona que a informação como objeto ou finalidade do ato médico ocorre naqueles “[...] casos em que a informação é o objetivo direto ou imediato, buscado pelo paciente ou consultor. Costuma se produzir quando a informação é necessária para o consultante – não necessariamente enfermo – a fim de poder adotar decisões privadas ou legais, não necessariamente dirigidas a um tratamento [...] [como é o caso dos *checkups* periódicos]”; já a informação terapêutica é aquela que “[...] deve subministrar o médico ao paciente para conhecer sua situação e a evolução de sua enfermidade [...]”; a informação supõe aqui um meio de colaboração ativa do paciente em relação ao processo de sua enfermidade e com seu tratamento [...], trata-se aqui de informação indispensável ao exercício da atividade terapêutica”; por fim, a informação como pressuposto ou requisito prévio do consentimento que é aquela “[...] necessária para que o paciente possa prestar o seu consentimento a qualquer intervenção

da capacidade jurídica é preciso saber identificar a capacidade natural do paciente ou de seu representante legal. Afirmo a autora que “partindo-se de uma definição abrangente, é possível afirmar que doente é a pessoa que ou perdeu, ou teve reduzida ou modificada sua capacidade de interagir com o meio (outros seres ou coisas em que vive). As limitações a que se submete o doente (determinadas pela própria doença ou mesmo pelo tratamento respectivo) podem subverter-lhe o consentimento, que não é mais livre: está comprometido pela dor, pelo desconhecimento, pela incerteza.[...]. Mas, o doente é capaz de consentir, a menos que lhe seja retirada tal capacidade mediante processo judicial. [...]. Por isso mesmo, a exemplo da lei italiana, admite-se no Brasil, ainda que doutrinariamente, a existência de uma incapacidade natural, que consiste na incapacidade de entender e de querer, que não está judicialmente declarada. Diz-se, portanto, que a capacidade natural pode faltar sem haver incapacidade legal, por não estar o incapaz interditado. [...]. Em termos mais simplificados, ou a doença é causa direta da ausência ou limitação do entender ou do querer e/ou da manifestação volitiva, ou o doente é tido como capaz de consentir.”

56. DURAND, Guy. 2003, p. 174.

57. Note-se que a informação não deve ser considerada como uma transferência de responsabilidades para o paciente, mas sim, como parte de todo um processo de respeito ao paciente.

(seja diagnóstica, preventiva ou curativa) ou tratamento”⁵⁸. Pode-se, a essa classificação, ainda acrescentar a informação sobre a necessidade de coleta, armazenamento e tratamento de dados clínicos. Nesses casos, a destinação a ser dada a esses dados deve ficar clara para que o paciente ou pesquisado possa realmente realizar uma escolha livre sobre a autorização a ser oferecida.

Além da informação o consentimento esclarecido engloba três capacidades: a de compreensão, a de deliberação e a de expressão da própria escolha, por isso, exige que haja efetivamente diálogo entre os sujeitos envolvidos nas práticas médicas que possibilite a adequada compreensão de tudo que lhe é informado⁵⁹. A Medicina atua sobre um objeto especialmente protegido: o corpo humano (em sua integralidade biopsicossocial) e, por isso, o consentimento esclarecido não deve ser tratado como mera formalidade ou faculdade do médico; como também não pode ser apresentado como condição primordial para a proteção da pessoa humana uma vez que essa já é um valor em si mesma. Da mesma forma, o consentimento não pode ser conjugado ao utilitarismo que, sob o amplo e sedutor argumento de suposta defesa do bem comum, pretende agora torná-lo abrangente o suficiente para dispensar a sua renovação continuada, em especial, quando analisada a questão dos bancos de dados clínicos e genéticos.

O consentimento deve ser tido como uma imposição ética e jurídica de diálogo participativo entre os sujeitos de uma relação médica que orientará a tomada de decisões, fortalecendo a autodeterminação do doente (ou pesquisado) e os vínculos de confiança.

No entanto, destacam Tom Beauchamp e James Childress que não é porque as ações jamais são completamente esclarecidas, voluntárias, autônomas que elas não são adequadamente informadas e livres. Considerando-se, portanto, que consentimento perfeitamente autônomo não existe, o que se impõe é a necessidade de informar e de esclarecer e a indispensabilidade do médico

58. CASABONA, Carlos María Romeo. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*. (2004, p. 143-146).

59. Não parece útil ao presente trabalho a classificação (utilizada por alguns autores) do consentimento em tolerante, autorizante e vinculante, por se tratar de uma falsa tricotomia. Ensina Pedro Pais de Vasconcelos (2006, p. 154) que “o ‘consentimento tolerante’ não passa da simples tolerância do lesado em relação à lesão que, [...], pode tornar lícita a conduta, consoante a natureza da lesão e a sua contrariedade à lei ou aos bons costumes. Trata-se de um regime geral, que não tem especialidade na matéria do direito da personalidade. [...]. O ‘consentimento autorizante’ seria constitutivo e sujeitaria o titular a um poder de lesão por parte do autorizado. Este consentimento seria livremente revogável [...]. O ‘consentimento vinculante’ corresponderia à assunção negocial de um compromisso que implicaria a disposição normal e corrente de direitos de personalidade que não se traduzam numa limitação ao exercício desses direitos [...]. O primeiro termo da classificação corresponde ao gênero, ao regime geral da relevância do consentimento na lesão; o segundo à espécie, ao regime especial do consentimento na lesão da personalidade; o terceiro regressa ao gênero, ao regime geral do contrato”, por isso, a falsa tricotomia.

dialogar com seu paciente de maneira que lhe permita tomar conscientemente a decisão que considerar mais adequada.⁶⁰

Então, na nova visão da relação médico-paciente deve-se ter em conta que a privação de informação ao enfermo ou a quem o representa retira-lhe a capacidade reflexiva sobre a sua própria condição, subtrai-lhe o poder de auto-determinação, deixando-o ainda mais vulnerável a manipulações e, até mesmo, ao mercado; diminuiu-lhe, significativamente a capacidade de discernimento e julgamento, inserindo-o num círculo de apatia e conformismo que lhe deixa à mercê das decisões familiares, médicas e, quiçá, mercadológicas. Deve-se, sim, a partir de uma interação comunicativa e afetiva considerar a melhor forma de dizer a verdade ao paciente, nos limites por ele mesmo expressamente delimitados, buscando-se, com isso, garantir um consentimento plenamente eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE, J.F.P. Palabra, palabrería y verdad en el discurso del médico. *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación*, Espanha, ano 1, n. 2, jul. 2001. [s.p.].
- BAÚ, M.K. *Capacidade jurídica e consentimento informado*. Disponível no site <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v8/simp06.pdf>>. Acesso em mar. 2012.
- BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F. *Principles of bioethics*. 6ª ed. Londres, Reino Unido: Oxford University Press, 2009.
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 1998.
- CASABONA, C.M.R. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, J.F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 128-172.
- CLOTET, J. *O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade*. Disponível no site <<http://www.cfm.org.br/revista/bio1v3/simposio.htm>>. Acesso em mar. 2010.
- COSTA, S.I.F.; PESSINI, L. *Ética e medicina no limiar de um novo tempo: alguns desafios emergentes*. In: LIMA FILHO, A.A.; POZZOLI, L. (Orgs.). *Ética no novo milênio: busca do sentido da vida*. São Paulo: LTr, 2004. p. 187-214.
- DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DURAND, G. *A bioética: natureza, princípios, objetivos*. São Paulo: Paulus, 2003.
- FERREIRA, C.A.G. *Espaço jurídico vazio e a tutela da intimidade*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FORTES, C.A.C. *Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido*. Disponível no site <http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio2v2/reflexoes.htm>>. Acesso em nov. 2002.
- JIMÉNEZ, P.N. *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*. Bilbao-Gra-

60. BEAUCHAMP, Tom e CHILDRESS, James. *Principles of bioethics*. (2009, p. 99-140).

- nada, Espanha: Comares, 2006.
- JONAS, H. *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona, Espanha: Paidós, 1997.
- GALÁN CORTES, J.C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid, Espanha: Civitas, 2001.
- GIOSTRI, H.T. *Responsabilidade médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2004. *Pensamento Jurídico*, v. V.
- LORENZETTI, R.L. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, n. 35, p. 09-38.
- MANTOVANI, F. Sobre o genoma humano e manipulações genéticas. In: CASABONA, C.M.R. (Org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p. 156-165.
- MATIELO, F.Z. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.
- MEIRELLES, J.M.L. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, C.L.S.; TEPEDINO, G.; BARBOZA, H.H.; GEDIÉL, J.A.P.; FACHIN, L.E.; MORAES, M.C.B. (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 347-377.
- ROCHA, J.C.S. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C.P. (Orgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996
- RODRIGUEZ, J.A. El poder médico desde la sociología. *REIS – Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Espanha, Centro de Investigaciones Sociológicas, abr.-jun. 1981, n. 14, p. 95-112.
- SGRECCIA, E. *Manual de bioética*. I- Fundamentos e ética biomédica. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- SIEGLER, M. Confidentiality in medicine: a decrepit concept. In: KUHSE, H.; SINGER, P. *Bioethics an anthology*. 2ª. ed. Reino Unido: Blackwell Publishing, 2008. p. 597-600.
- SIQUEIRA, J.E. Tecnologia e Medicina entre encontros e desencontros. *Revista de Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2000, v. 8, nº 01, p. 55-61.
- TAVARES, M.S. Aspectos éticos da quebra da relação médico-paciente. *Revista Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2008, 16(1), p. 125-131.
- VASCONCELOS, P.P. *Direito de personalidade*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006.
- VEATCH, R.M. Abandoning informed consent. In: KUHSE, H.; SINGER, P. *Bioethics an anthology*. 2ª. ed. Reino Unido: Blackwell Publishing, 2008. p. 636-645.



A COMPLEMENTARIDADE DA PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO SUS

PRIVATE INITIATIVE IN BRAZILIAN NATIONAL PUBLIC HEALTH SYSTEM

FERNANDO BORGES MÂNICA



Doutor em Direito do Estado pela USP • Mestre em Direito do Estado pela UFPR • Pós-graduado em Direito do Terceiro Setor pela FGV-SP • Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo (PR) • Vice-Presidente da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB-PR • Autor dos livros 'Terceiro Setor e Imunidade Tributária' e 'O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde', dentre outros • Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde • Advogado e Palestrante • www.fernandomanica.com.br.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ausência de dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde. 3. Complementaridade na regulamentação do SUS. 3.1. A Lei nº 8.080/90 e a insuficiência da cobertura assistencial. 3.2. Regulamentação infralegal do SUS e a noção de capacidade instalada. 4. Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo visa abordar a complementaridade da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde, tal qual prevista na Constituição brasileira. Tal complementaridade não meramente ao incentivo estatal à prestação privada de serviços de saúde, mas como a possibilidade de prestação de serviços públicos de saúde por particulares. A diferença de base tem origem no processo histórico de construção do SUS e de sua base constitucional. A participação privada no sistema público de saúde brasileiro pode ocorrer, portanto, pela via da delegação de serviço público, e não apenas por meio de fomento estatal. A distinção é importante porque a delegação, ao contrário do fomento, apresenta caráter de estabilidade, prazos dilatados e garantias ao prestador dos serviços de saúde. Além do incentivo à prestação privada de serviços de saúde, cumpre ao administrador público escolher motivadamente, em cada situação concreta, a melhor opção para a prestação de serviços públicos de saúde (direta ou delegada) a todos aqueles que necessitem, adotando o modelo de ajuste mais adequado ao caso.

PALAVRAS-CHAVE: Complementaridade; Lei nº 8.080/1990; Parcerias na Saúde; Sistema Único de Saúde.

ABSTRACT: The present article intends to discuss the complementarity of private services in Brazilian Public Health System (BPHS), as disposed at Brazilian Constitution. This complementarity does not only refers to the possibility of state incentive to private health services, but to the possibility of public health services provided by the private initiative. The basic difference stems from the historical development of the BPHS and its constitutional basis. Private services in the BPHS can be provided, therefore, through the delegation of public service, and not merely by state promotion of private services. That, unlike this, has the character of stability, long contracts period, and guarantees to the provider of public health services. In each situation, the public administrator, with justification, can choose the best option for providing public health services (directly or delegated) to everyone who needs it, adopting the most appropriate adjustment to the case.

KEYWORDS: Brazilian Law nº 8.080/1990; Brazilian National Public Health System; Complementarity; Partnerships in Health System.

1. INTRODUÇÃO

Apenas em meados do século passado consolidou-se a ideia de que a saúde constitui direito a ser garantido pelo Estado a todas as pessoas. Com isso, países com sistemas jurídicos tão diferentes como Inglaterra, França e Alemanha passaram a garantir progressivamente a universalização do acesso aos serviços de saúde – seja por meio da ampliação do sistema de seguros sociais, seja por meio da criação de sistemas nacionais de saúde.

As funções do Estado na organização e no funcionamento dos sistemas de saúde, portanto, apenas recentemente ganharam relevo. Tal característica, aliada ao desenvolvimento da tecnologia médica nos últimos anos, fez com que se desenvolvessem um conjunto normativo e uma estrutura administrativa para regular as atividades estatais e não-estatais voltadas à garantia do direito à saúde¹. Dentre as funções do Estado para a manutenção dos sistemas aptos a promover tal direito, merecem destaque:

- (i) a formulação e o planejamento de políticas públicas;
- (ii) o financiamento das atividades públicas e incentivo às atividades privadas;
- (iii) a regulação de todo o setor; e
- (iv) a prestação dos serviços.

No Brasil, a exemplo do que aconteceu em países como Portugal e Espanha, o reconhecimento da saúde como direito de todos – a ser garantido por um sistema público apto a oferecer assistência a todas as pessoas que dela necessitarem – apenas foi consagrado em fins do século passado.² Mais do que qualquer outro texto constitucional, com o objetivo de garantir a efetivação do direito à saúde, a Constituição brasileira de 1988 traçou detalhadamente as funções do Estado em relação à garantia do direito à saúde, em especial:

- (i) estabelecendo as diretrizes da política de saúde a serem adotadas;³
- (ii) atribuindo à lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde;⁴
- (iii) determinando que a regulamentação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei;⁵ e

1. A disciplina de tais atividades – prestadas tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada – pode ser denominada Direito Sanitário.

2. As transições portuguesa e espanhola no setor de saúde foram marcadas pelas respectivas constituições de 1976 e de 1978.

3. Art. 198 da Constituição Federal.

4. Parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo 198 da Constituição Federal.

5. Art. 197 da Constituição Federal.

(iv) assumindo o dever de prestar serviços públicos de saúde, diretamente ou indiretamente, mediante a participação complementar da iniciativa privada.⁶

A própria Constituição brasileira faz referência expressa à participação privada no sistema público de saúde. Com isso, a delimitação do caráter complementar de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde implica a análise do alcance do conteúdo constitucional da complementaridade, a qual deve ter como referencial tanto (i) o texto da Constituição quanto (ii) as condições históricas, sociais e econômicas atuais e aquelas existentes no momento de elaboração do texto constitucional.

Por tais feixes devem ser iluminados os dispositivos constitucionais que especificamente prevêm a participação privada na prestação de serviços de saúde, previstos no artigo 197 e no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal, cuja transcrição merece destaque:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(...)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1.º - 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.

A Constituição Federal, portanto, ao disciplinar o direito à saúde, oferece expressamente a possibilidade de modernização da Administração Pública, por meio da participação consensual e negociada da iniciativa privada, tanto na gestão de determinadas unidades de saúde quanto na prestação de atividades específicas de assistência à saúde. Não obstante, considerando a complexidade dos dispositivos que tratam do tema, a ausência de estudos aprofundados e a repetição de opiniões firmadas com base em premissas desconectadas da *ideologia constitucional*, a Constituição brasileira tem sofrido uma série de agressões, tanto por meio da já mencionada *interpretação retrospectiva* quanto por meio de atos normativos dotados de inconstitucionalidade.

O *ideal estatizante* da prestação de serviços como única fórmula adequada à garantia do direito à saúde – há muito tempo abandonada em países democráticos e não albergado pela Constituição de 1988 – ainda possui adeptos em

6.Art. 197 e 199, § 1.º Destaque-se que a *complementaridade* consta também como princípio constitucional expresso no artigo 223 da Constituição Federal, que trata dos sistemas públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

solo pátrio. Tal pensamento hermético, que tem permeado o imaginário jurídico e social no Brasil, ao contrário do que pensam seus arautos, não promove o direito à saúde, mas incentiva o atraso, a ineficiência e o enfraquecimento do próprio SUS.

Contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo e colaboração da iniciativa privada configuram importantes ferramentas da atuação Administrativa Pública deste século e têm sido adotadas com êxito no setor de saúde de todos os países em que a prestação de tais serviços é tida, para dizer o menos, como satisfatória.⁷ No Brasil, a especificidade e a complexidade do ordenamento constitucional da saúde, resultantes do embate entre ideologias opostas, fazem dele um texto de difícil interpretação, mas suscetível a diversos modelos de efetivação, com base em variadas formas de participação privada. Entretanto, a implementação de tais instrumentos e a consequente efetivação do direito à saúde, não raro, esbarram na ausência de consenso hermenêutico e na própria resistência à mudança institucional – esse último, traço característico do atraso que marca a história do direito à saúde e, quiçá, do Estado brasileiro.

É tempo de interpretar a sério a ordem constitucional da saúde à luz da *efetivação do respectivo direito*. Para tanto, é importante a análise específica dos dispositivos acima mencionados, bem como dos instrumentos legais admitidos como mecanismos aptos a promover uma participação privada que fortaleça o Sistema Único de Saúde – SUS e reforce a capacidade estatal de efetivar tal direito.

2. AUSÊNCIA DE DEVER ESTATAL DE PRESTAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Ao contrário do que sustentam alguns autores e parte da jurisprudência pátria, a previsão constitucional da participação *complementar* da iniciativa privada no SUS não significa a atribuição de dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde. Não raro são encontradas nos tribunais brasileiros decisões que impedem a celebração de parcerias com a iniciativa privada com fundamento em suposto descumprimento da *complementaridade* da participação privada nos serviços públicos de saúde. Os efeitos jurídicos de tais decisões nos respectivos casos concretos e seu efeito reflexo na segurança jurídica acabam por prejudicar a evolução do direito, a modernização da Administração Pública e a efetivação do direito à saúde.

A suposta vedação constitucional à transferência da gestão de uma unidade hospitalar para a iniciativa privada, em regra, decorre do seguinte entendimento:

7. Tais exemplos podem ser encontrados no Reino Unido, Canadá, Holanda, Espanha, Portugal, Alemanha e França.

- (i) apenas atividades de saúde complementares seriam aptas a sofrer tal transferência;
- (ii) a gestão de um hospital público municipal pela iniciativa privada desrespeita o caráter complementar de tal participação, a qual, supostamente, deve ser exercida integral e diretamente pela própria Administração Pública municipal.

Tal linha de raciocínio vai ao encontro do que grande parte da doutrina entende como sendo o conteúdo da *complementaridade* da participação privada na saúde. Essa opinião já foi defendida, por autores de escol, como Maria Sylvia DI PIETRO, que assim escreveu:

(...) a Constituição, no dispositivo citado [§1.º do art. 199], permite a **participação de instituições privadas ‘de forma complementar’, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assum-a a gestão de determinado serviço.** Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; **o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc (...).**⁸

No entanto, tal ordem de idéias afigura-se mais próximo do ideal da ala mais radical do movimento sanitário brasileiro do final do século passado, que restou vencido já na VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986 (evento que influenciou a redação do capítulo constitucional voltado à saúde). Portanto, o entendimento restritivo acerca da participação privada no sistema público de saúde merece ser atualmente afastado.

Afinal, a interpretação da Constituição deve levar em conta a realidade e deve ter como objetivo a *máxima efetivação dos direitos fundamentais*. Desse modo, considerando a hipótese de maior eficiência na garantia do direito à saúde por meio da prestação privada, esse entendimento não merece prevalecer de modo absoluto. Assim, a fixação dos limites entre a prestação estatal direta de serviços de saúde e sua prestação indireta, por meio de parcerias com a iniciativa privada, não pode ser encontrada na expressão geral, abstrata e despida de conteúdo como é a *forma complementar* da participação privada.

Insistir em tese oposta à ora defendida não apenas gera insegurança jurídica, mas também conduz a uma interpretação equivocada, segundo a qual a participação privada no sistema público de saúde deve ser tratada como

8. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.243 (os grifos não constam do original).

transitória e improvisada, o que a tornaria instável e precária. Tais características dos vínculos firmados entre a Administração Pública e os prestadores privados constituem um dos graves problemas que afrontam os serviços públicos de saúde no Brasil.

A participação privada nos serviços de saúde, como demonstra a experiência histórica e internacional, é indispensável, mas tanto mais se apresentam úteis quanto mais estáveis e seguros os vínculos que a disciplinam. Apenas um Direito Administrativo apto a lidar com a complexidade atual do setor de saúde possibilitará a existência de uma Administração Pública forte e um Estado eficiente na garantia dos direitos fundamentais – especificamente o direito à saúde.

Em apoio ao entendimento ora apresentado, parece razoável sustentar que a previsão constitucional constante do parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição, em que pese tratar da assistência à saúde, expressa a possibilidade de participação complementar da iniciativa privada em relação a todo o sistema público de saúde.

É que o sistema público de saúde brasileiro tem como atribuições tanto a prestação de serviços públicos de saúde quanto o desenvolvimento de uma série de outras atividades, denominadas ações de saúde – relacionadas no artigo 200 da Constituição Federal e nos artigos 5º e 6º da Lei nº 8.080/90. Nessa perspectiva, pode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve *complementar as atividades de competência* do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiros. Tal entendimento vai ao encontro do que dispõe ao artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços.

Assim, quando a Constituição Federal menciona a *complementaridade* da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização.⁹

Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal, em voto do então ministro Sepúlveda Pertence, referindo-se ao artigo 197 da Constituição Federal, foi categórico:

9. Com esse raciocínio, é importante destacar, não se está defendendo a participação privada em todos os serviços de saúde, mas a ausência de vedação constitucional para tanto, de modo que cada ente federativo, no exercício de sua competência para a organização administrativa dos serviços públicos, possa definir o melhor modelo, dentre aqueles legalmente admitidos, para a prestação dos serviços de saúde a todos aqueles que dele necessitarem. A Constituição brasileira não definiu uma forma privilegiada (pública ou privada) de prestação dos serviços públicos de saúde e a sua interpretação com base na efetivação dos direitos fundamentais corrobora tal raciocínio.

(...) Não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais.¹⁰

No mesmo sentido, referindo-se ao artigo 199 da Constituição Federal, tem razão Paulo Modesto, ao afirmar que:

A declaração do direito à saúde como direito do cidadão e dever do Estado obriga que o Estado garanta o direito à saúde e não que ofereça diretamente e de forma executiva o atendimento a todos os brasileiros. A palavra 'saúde', constante do art. 199 da Constituição, refere-se a um bem jurídico, a uma utilidade fruível pelo administrado, que deve ser assegurada pelo Estado, independente deste fazê-lo direta ou indiretamente, mediante emprego do aparato público ou da utilização de terceiros.¹¹

No contexto brasileiro, a assistência à saúde assumida pelo Estado como sua responsabilidade constitui o *serviço público de saúde* a ser prestado às pessoas que dele necessitarem, por meio de entidades públicas ou privadas, de acordo com o regime jurídico mais adequado à garantia de efetivação do direito à saúde, independentemente da natureza jurídica da entidade prestadora.

Mais do que manter uma discussão surda e um argumento vazio, há que se indagar, investigar e discutir as formas de articulação possíveis entre o Estado e outros setores para que o direito à saúde seja concretamente efetivado. Afinal, a interpretação do Direito por mera repetição de ideias não satisfaz aos fins que busca o Estado contemporâneo. Nesse sentido, precisas foram as palavras do Ministro do STF Gilmar Mendes em sua manifestação na ADIN 1.923, que negou o pedido cautelar de suspensão da eficácia de diversos dispositivos da Lei no 9.637/98, que disciplina a celebração de contratos de gestão com entidades privadas qualificadas como organizações sociais:

O fato é que o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do Direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O

10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 1923-5/DF, Tribunal Pleno, relator originário min. Ilmar Galvão, relator min. Eros Grau, *Diário de Justiça da União*, 21 set. 2007.

11. MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional no 19/98. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº11, p.8, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

Estado tem se valido cada vez mais de mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado.¹²

Em face da *jusfundamentalidade* do direito à saúde, a aplicação de tal entendimento torna-se ainda mais evidente. Alguns tribunais pátrios, como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sinalizam tal compreensão, segundo a qual no centro da esfera hermenêutica deve constar o direito fundamental à saúde, cuja garantia não pode ficar à mercê de entraves formais despidos de utilidade. Eis o que consignou o referido tribunal:

Sempre com a devida vênia, não mais se mostra possível a interpretação de norma constitucional que atribua ao Estado todos os deveres, impedindo-o de contar com auxílio, remunerado ou não, de entidades privadas para a consecução do bem comum. **No caso concreto, ao município doente não interessa saber se o médico que o atende é servidor público ou não. O que lhe interessa é que haja médico para atendê-lo e medicamento para curar sua doença ou ao menos minorar seu sofrimento.**¹³

Por isso não vislumbro clara e manifesta violação, ao menos no âmbito restrito deste recurso de agravo, ao artigo 199 da Constituição Federal que tornaria viável a suspensão da parceira. E, em tese, se mostra possível que alguns programas de saúde, voltados para temas mais sensíveis sejam transferidos a terceiros que tenham a capacidade tecnológica e gerencial de melhor atender a população pelo custo mais barato que o Estado poderia fazer.

Nesse diapasão, entende-se plenamente possível sustentar que da forma complementar de participação privada nos serviços públicos de saúde, prevista no parágrafo primeiro do texto constitucional, não é possível extrair qualquer limitação à esfera de atuação estatal direta e à esfera passível de atuação *privada contratada ou conveniada*. Trata a previsão apenas da possibilidade de prestação tanto de uma forma (direta) quanto de outra (indireta).

Os projetos de redação constitucional apresentados na Assembleia Constituinte de 1987-1988 utilizaram expressões como *colaboração*, *participação supletiva* e *participação complementar*, cujo significado linguístico é muito próximo. Tal variedade de expressões também pode ser percebida na análise do texto hoje vigente nas Constituições dos Estados-membros e nas Leis Orgânicas municipais. Ao exercerem sua autonomia político-administrativa, prevista nos artigos 18, 25 e 29 da Constituição Federal, na disciplina de sua organização interna, Estados-membros e municípios

12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade no 1923 – DF, relator ministro Carlos Brito, *Diário de Justiça*, 01 ago. 2007.

13. SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento no 627.715-5/3-00 – SP. Relator: des. Lineu Peinado. 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008 (os grifos não constam do original).

utilizam variadas expressões para definir a participação privada nos serviços públicos de saúde:

- (i) a própria *forma complementar*, como faz grande parte dos Estados-membros, como Bahia, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina e alguns municípios como o Recife;
- (ii) a *forma suplementar*, tal qual o caso, por exemplo, do município de Curitiba;
- (iii) a *forma supletiva*, conforme consta, ilustrativamente, nas leis orgânicas dos municípios do Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo.

Além desses exemplos, há casos, como o do Estado de São Paulo, em que não se encontra qualquer expressão para qualificar a forma de participação privada, sendo prevista apenas a participação privada nos serviços de saúde.

Nesse sentido, a complementaridade em si e todas as expressões utilizadas nas Constituições dos Estados-membros e nas Leis Orgânicas municipais padecem de conteúdo próprio quando aplicadas à participação privada nos serviços públicos de saúde, pois não há delimitação também no objeto de referência – os serviços públicos de saúde prestados pelo Estado. Com esse raciocínio, pode-se perceber que a *forma complementar* de participação privada na assistência à saúde não configura, em si, limite à possibilidade de prestação de serviços públicos de saúde por particulares.¹⁴ Não é possível, sequer, extrair interpretação segundo a qual a participação de entidades de natureza pública é *preferencial*.¹⁵

Outro importante referencial para a compreensão do relacionamento entre a iniciativa privada e o sistema público pode ser encontrado em estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD).¹⁶ Tal publicação propõe uma taxonomia acerca dos modelos de convivência entre o provimento estatal de serviços de saúde e o provimento de tais serviços por meio de seguros privados.¹⁷ A categorização apresentada, que

14. Nesse sentido, pode-se concordar com Sergio Pinto Martins, que, ao tratar da terceirização no Direito do Trabalho, assim consignou: “A complementariedade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer.” (MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.23).

15. Como é o caso da participação das entidades filantrópicas e das sem fins lucrativos. Em sentido contrário, defendendo a participação preferencial do poder público na prestação dos serviços, conferir: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, nº 9, p.129, jan./mar. 2003.

16. A OECD é uma organização não-governamental internacional, criada em 1961, resultado da transformação da Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OEEC), instituída em 1947. Atualmente a OECD conta com a participação de trinta países-membros e tem como foco de atuação oferecer apoio a governos com base em estudos, pesquisas e obtenção de informações nos diversos campos de interesse social e econômico. Sobre a entidade, conferir: <http://www.oecd.org>. Acesso em 17 out. 2011

17. OECD. *Proposal for a Taxonomy of Health Insurance*. Paris: OECD, 2004. 21p

restou acolhida pela doutrina acerca do tema,¹⁸ não se refere especificamente à participação privada no sistema público de saúde, mesmo porque, em todos os Estados desenvolvidos, tal participação não encontra delimitação fixada na Constituição ou em lei. De qualquer modo, o modelo é útil para a compreensão da participação privada complementar dentro do próprio sistema público de saúde brasileiro.

Segundo a proposta da OECD,¹⁹ a convivência entre a prestação pública e os seguros privados de saúde pode ocorrer das seguintes formas, com base nas funções desempenhadas pelos seguros privados:

(i) **Forma primária:** modelo em que a única opção disponível para determinadas pessoas terem acesso aos serviços de saúde são os seguros privados; tal hipótese pode ocorrer de duas maneiras:

- **primária substitutiva:** quando existe atendimento público, mas o indivíduo opta pelo seguro privado (abrindo mão da possibilidade de acesso aos serviços ofertados no âmbito público); exemplo: Alemanha.
- **primária principal:** quando não existe cobertura pública ou a cobertura não alcança todos os grupos sociais; exemplo: Estados Unidos.

(ii) **Forma Complementar:** quando, no âmbito público, a cobertura assistencial não oferece pagamento integral pelos serviços de saúde, de modo que as pessoas têm a opção de contratar seguros privados para pagar a diferença (copagamento) pelos serviços que necessitarem; exemplo: França.

(iii) **Forma Duplicada:** quando os seguros privados oferecem serviços também prestados no âmbito público, de modo que as pessoas têm opção por escolher uma ou outra forma de obtenção dos serviços de saúde; exemplo: Brasil.

(iv) **Forma Suplementar:** quando os serviços prestados no âmbito público são delimitados e os seguros privados são contratados para oferecer serviços não disponibilizados no âmbito público; tais serviços variam conforme o Estado e podem incluir serviços de reabilitação, tratamento dentário e medicamentos, ou mesmo hospedaria de categoria diversa; em alguns casos, o sistema de seguros privados pode oferecer os mesmos serviços daqueles ofertados no sistema público, o que o caracteriza como uma

18. Nesse sentido, a proposta ora analisada pode ser encontrada, dentre outros, em: COLOMBO, F.; TAPAY, N. Private Health Insurance in OECD Countries: The benefits and Costs for Individuals and Health Systems. *OECD Health Working Papers*, nº 15, OECD Publishing, 2004; CECHIN, José. *A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.59-60; OCKÉREIS, Carlos Octávio. *Sistemas comparados de saúde: uma análise preliminar*. Mimeo. 14p.; SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia D.; PORTO, Sílvia Marta. O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, nº 13, p.1431-1440, 2008.

19. OECD. *Proposal for a Taxonomy of Health Insurance*. Paris: OECD, 2004. p.18.

forma duplicada; exemplos: Inglaterra, Portugal e Espanha.²⁰

Impende compreender que tanto a complementação quanto a suplementação possuem como referencial a prestação de serviços de saúde não ofertados no âmbito público. Ainda assim, ao menos no que se refere à suplementação, segundo a taxonomia da OECD, admite-se a possibilidade de que determinados serviços sejam prestados em duplicidade. No caso brasileiro, considerando que o sistema público de saúde (SUS) propõe-se a prestar serviços em caráter universal e gratuito, sem delimitação de pessoas aptas a receber os serviços e sem delimitação do rol de serviços a serem prestados, a complementaridade – bem como as expressões adotadas pelas Constituições dos Estados-membros e Leis Orgânicas municipais – pode apenas ser compreendida como a possibilidade de prestação de serviços de *modo duplicado*, sendo que a expressão *complementaridade* deve ser entendida como a possibilidade de convivência entre a prestação pública e a privada de serviços públicos de saúde.²¹

3. COMPLEMENTARIDADE NA REGULAMENTAÇÃO DO SUS

Como noção constitucional despida de conteúdo próprio e sem um referencial definido, a eventual (de)limitação da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde deve ser buscada na regulamentação legal dos serviços de saúde, que se encontra consubstanciada, sobretudo, na Lei no 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde.

Na mensagem encaminhada pelo Poder Executivo, autor do projeto da lei referida, consta que:

Na lógica do SUS, é estabelecida ainda uma nova forma de relacionamento com os subsetores filantrópico e privado, baseado em normas éticas e na existência de qualidade da prestação de serviços. Não se contrapõem, aqui, os subsetores público e privado, mas é definida uma clara regra de convivência, cuja essência é a garantia da disponibilidade de serviços, com as qualificações requeridas, para o franco acesso dos usuários.²²

Entretanto, os dispositivos da Lei Orgânica da Saúde que tratam da delimitação da participação privada complementar, ao contrário do que menciona a mensagem acima colacionada, não são precisos na definição dos limites, dos

20. É importante notar que, como qualquer classificação, na maioria dos sistemas de saúde ocorre certo grau de interseção entre os modelos propostos, com a convivência em maior ou menor grau, de mais de uma forma de participação dos seguros privados.

21. Mesmo porque não consta do texto constitucional a *preferência por esta ou aquela modalidade de prestação (direta ou indireta)*, como acontece com as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, em relação às quais tal preferência foi expressamente adotada em sede constitucional.

22. Mensagem do Poder Executivo no 360/89

modelos de ajuste e dos procedimentos a serem seguidos para a mencionada convivência entre os prestadores públicos e os prestadores privados – ambos integrantes do Sistema *Único de Saúde*.

3.1 A LEI Nº 8.080/90 E A INSUFICIÊNCIA DA COBERTURA ASSISTENCIAL

Na disciplina legal do SUS, a previsão de participação da iniciativa privada complementar encontra-se consignada no parágrafo segundo do artigo 4º da Lei nº 8.080/90, que meramente repete a previsão constitucional do *caráter complementar* da participação privada no SUS.²³

O artigo 7º da Lei em referência também trata do tema e induz certa confusão ao mencionar *serviços públicos de saúde e serviços contratados e conveniados*, como se a segunda categoria não fosse também qualificada como serviço público – assumido pelo Estado como sua responsabilidade e executado por terceiros a ele vinculados.²⁴ Tal tratamento legal pode conduzir a equívocos, já que no gênero serviços públicos de saúde podem ser encontrados tanto serviços prestados diretamente pelo Estado quanto serviços contratados e conveniados.²⁵

Seguindo o que dispõe a Lei Orgânica da Saúde, importante inovação, não constante do texto constitucional, é encontrada em seu artigo 24, que define ser a participação privada vinculada aos casos em que houver *insuficiência na disponibilidade para a prestação de serviços por órgãos e entidades públicas*. Eis o que prevê o referido artigo:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Nessa perspectiva, Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta que a participação privada complementar na prestação de serviços de saúde deve ser

23. 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). (...) § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em **caráter complementar** (os grifos não constam do original).

24. Art. 7º As ações e **serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados** que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...) – (os grifos não constam do original).

25. Tal entendimento resta evidenciado no artigo 8º da Lei nº 8.080/90, que insere os serviços prestados pela iniciativa privada na própria organização do subsistema público de saúde. Eis o que dispõe referido dispositivo: Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

entendida com base na ideia de *subsidiariedade*, ao inverso do modo pelo qual costumeiramente se invoca referido princípio, já que a iniciativa privada, segundo tal entendimento, apenas deve prestar serviços públicos de saúde nos casos de deficiência do Estado em fazê-lo diretamente – e não o contrário.²⁶

Nas palavras do autor:

Tanto a Constituição quanto a lei estabelecem de que forma tal participação se dará. Ela se relaciona à ideia de insuficiência da rede pública de saúde, ou seja, à ideia de **subsidiariedade da rede privada em relação à rede pública, servindo para suprir deficiências ou insuficiência da última**. Assim é que o **artigo 199, § 1.º, da Constituição** estabelece expressamente que a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde se dará ‘de forma complementar’.²⁷

A rigor, a ideia defendida pelo autor, nos termos do que foi consignado acima, não decorre diretamente da Constituição, mas do dispositivo legal acima transcrito. A *complementaridade*, tal qual prevista na Constituição Federal, não permite tal conclusão, *a não ser a partir de uma interpretação também inversa*, tendo como ponto de partida a legislação infraconstitucional (o que evidentemente é inadmissível).

De qualquer forma, o entendimento do autor acima citado reflete o ditame legal acima transcrito e conduz a uma conclusão pertinente na medida em que na saúde, ao contrário do que em outros setores econômicos, não se aplica o princípio da subsidiariedade no sentido de que cumpre ao Estado apenas intervir nos casos em que a própria sociedade não possui condições de por si mesma suprir suas necessidades de tais serviços.²⁸ Pelo contrário: é dever do Estado garantir o direito à saúde, o que inclui a prestação de serviços voltados à sua promoção, proteção e

26. Em trabalho sobre o tema, José Alfredo Baracho aponta as duas formas de compreensão da subsidiariedade: (i) a ideia de algo que é *secundário*; e (ii) a ideia de algo que é *supletivo* – o que pode ser entendido como *complementar* e *suplementar* (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.24).

27. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, nº 9, p.112, jan./mar. 2003 (os grifos não constam do original).

28. O princípio da subsidiariedade foi expresso, ainda que de maneira implícita, pelo Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* (1891), e mais tarde pelo Papa Pio XI na Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931). Seu fundamento reside na anterioridade natural das pessoas e comunidades sobre o Estado, de forma que este deve, de um lado, respeitar a autonomia dos indivíduos e corpos intermediários, e de outro, auxiliá-los na consecução de seus fins. De um lado, esse princípio indica que uma entidade superior não deve atender ao interesse de uma coletividade inferior sempre que esta puder supri-lo de maneira eficaz; de outro, aponta para a atuação da entidade superior em todas as questões que a coletividade menor não tenha condições de resolver. Na ordem econômica brasileira, na qual vige o princípio da livre iniciativa, previsto pelo artigo 170 do texto constitucional, possui sua aplicação balizada pelos critérios constantes do artigo 173 da Constituição Federal.

recuperação a todas as pessoas que deles necessitarem.

Entretanto, duas observações devem ser referidas para tornar possível a aplicabilidade da participação privada subsidiária nos serviços públicos de saúde. Afinal, como consignou Gaspar Ariño Ortiz, o princípio da subsidiariedade não possui valor e aplicabilidade igual em todos os tempos e em todos os Estados, de modo que sua concretização deve levar em conta a realidade histórica, social e cultural de cada país.²⁹

A **primeira observação** reside na dificuldade de se definir as hipóteses em que se afigura presente a insuficiência da prestação estatal direta dos serviços de saúde (e a conseqüente possibilidade de prestação privada). Inicialmente, é possível argumentar que, se os serviços públicos de saúde podem ser prestados pelo Estado diretamente ou por terceiros – tal qual prevê o artigo 197 da Constituição Federal e o próprio parágrafo primeiro do artigo 199 –, as disponibilidades apenas serão suficientes se a própria oferta de serviços públicos de saúde direta ou indiretamente (pela iniciativa privada) assim o forem. Além disso, a cobertura assistencial universal, integral e gratuita à saúde jamais será suficiente.³⁰ Isso porque:

- (i) o Brasil não investe o volume de recursos suficiente para sustentar um sistema público, gratuito e universal;
- (ii) não há delimitação de um grupo de pessoas a serem atendidas pelo sistema público;³¹
- (iii) não há delimitação de um rol de serviços a serem disponibilizados no âmbito do sistema público e gratuito; e
- (iv) o próprio conceito de saúde adotado é amplo e aproxima-se de metas subjetivas e intangíveis como *qualidade de vida e felicidade*.

Nesse contexto, a soma dos fatores mencionados – os quais decorrem da interpretação distorcida do ordenamento constitucional da saúde, aliada à característica dos serviços de saúde, nos quais a *oferta induz a demanda*³² e as

29. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999. p.111 e segs.

30. Ainda que em alguns locais e momentos, como, por exemplo, na década de 1970, seja possível verificar a disponibilidade de leitos hospitalares superior à demanda, decorrente, sobretudo, de uma inadequada política pública e do privilégio à definição dos serviços ofertados pelos próprios prestadores.

31. Aquelas que não têm condições de obter os serviços de saúde no mercado.

32. Afinal, como resume Susete Barboza França: “A única maneira do paciente saber se precisa ou não ir ao médico, é indo ao médico. Ao procurá-lo, ele também não tem qualquer liberdade de escolha sobre que tipo de serviços devem ser realizados e com que frequência. É o médico quem decide, quem controla e determina todo o processo de cura, como também as atividades dos demais envolvidos, como enfermeiras e outros profissionais de saúde, que seguem suas instruções. O consumidor não pode atuar racionalmente neste mercado, já que ele não tem os conhecimentos técnicos necessários sobre a qualidade e o preço do serviço, que lhe permitiria

*necessidades são criadas pelas novas tecnologias*³³ – conduz à impossibilidade permanente de oferecimento de uma cobertura assistencial suficiente. É importante lembrar que mesmo os países desenvolvidos possuem disciplina consolidada e respeitada, que delimita o *pacote de serviços prestados no âmbito público, admitem cobrança de parcela dos serviços e investem mais do que o Brasil* em seus sistemas de saúde.

Em tais contextos, é possível a definição de conteúdos para conceitos como complementaridade, suplementaridade e supletividade com base na insuficiência de meios concretos para sua prestação. De outro lado, em um cenário no qual a prestação de serviços de saúde tende a ser infinita, a insuficiência da cobertura assistencial em determinada área tende a ser permanente.³⁴ Assim, tal critério perde em grande parte sua utilidade.³⁵

Dessa forma, e essa é a **segunda observação** a propósito da questão, outro balizamento deve ser levado em conta para a aplicação do princípio da subsidiariedade da participação privada nos serviços públicos de saúde: a *eficiência* na prestação dos serviços.

A eficiência é inerente ao próprio princípio da legalidade (em sentido amplo, de juridicidade), sendo que em todos os casos nos quais haja justificativa constitucional que demonstre a maior eficiência quando determinado serviço de saúde seja prestado pela iniciativa privada vinculada ao Estado, é admitida sua participação. As transformações da Administração Pública, a exemplo de outros Estados, e a necessidade de mecanismos adequados para o desempenho de cada atividade estatal – à luz do permissivo constitucional constante dos artigos 197 e 199, § 1.º – levam a essa conclusão.

selecionar entre as diversas alternativas. Ele aceita transferir ao médico o poder de escolha dos bens e serviços a serem consumidos. (...) Outra característica desse mercado é a associação estreita entre procura e oferta – uma parte significativa da procura pode ser induzida pela oferta. Assim, quanto maior a disponibilidade de recursos, como médicos e leitos, maior a demanda por serviços.” (FRANÇA, Susete Barboza. A presença do Estado no setor saúde no Brasil. *Revista do Serviço Público*, ano 49, nº 3, p.86, jul./set. 1998).

33. POMPEU, João Cláudio Basso. *A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS: alguns elementos para reflexão*. 2004. 183p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2004. p.30.

34. Em alguns casos, pode ser caracterizada atualmente a suficiência da cobertura assistencial dos serviços públicos de saúde, como na hipótese (i) de um hospital público ter disponibilidade constante de estrutura física e humana para atendimento a todos que necessitarem; ou (ii) da existência de numerosas entidades privadas credenciadas para a prestação de determinados serviços, os quais supostamente possuem oferta maior que a demanda.

35. Afinal, no Brasil, não se verifica possível a definição de limites para a *complementação* de algo não apenas indefinido, mas supostamente (em termos jurídico-positivos) completo, pois universal (compreendido como ilimitado) e igualitário (compreendido como a impossibilidade de direcionamento do atendimento a determinados públicos).

3.2 REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL DO SUS E A NOÇÃO DE CAPACIDADE INSTALADA

Nos termos do inciso XIV do artigo 16 da Lei Orgânica da Saúde, a direção nacional do SUS possui competência para elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde. Acontece que, enquanto a Constituição determina que a participação da iniciativa privada no SUS deve ocorrer de forma complementar, e a Lei Orgânica da Saúde determina que o SUS poderá recorrer aos serviços da iniciativa privada quando as disponibilidades da rede pública forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial, a normatização infralegal do sistema público de saúde não raro traz outras inovações que contrariam o texto constitucional e seguem uma linha de estatização dos serviços de saúde – não prevista na Constituição e tampouco na lei.³⁶

Como exemplo dessa tendência, pode-se mencionar a Portaria nº 1.034, de 05 de maio de 2010, editada pelo Ministério da Saúde, a qual dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. Tal ato normativo contém evidente inconstitucionalidade e ilegalidade ao restringir a participação privada, nos seguintes termos:

Art. 2º Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

- I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde; e
- II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

Ao prever a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos, o dispositivo em referência repete o mesmo equívoco já perpetrado expressamente pelo artigo 7º e implicitamente pelo artigo 24 da Lei nº 8.080, supondo não configurarem os serviços de saúde contratados e conveniados legítimos serviços públicos.

De outro lado, mais grave ainda é a determinação de que a participação privada nos serviços públicos de saúde apenas deve ocorrer caso haja impossibilidade de ampliação da prestação dos serviços diretamente pelo Estado. Tal limitação revela evidente caráter estatizante, o qual se apresenta, como já assinalado, absolutamente incompatível com a opção oferecida pela Constituição Federal e pelas próprias Constituições estaduais para que cada ente federativo determine o modelo mais eficiente de concretização do direito à saúde.

36. Afinal, vedar a possibilidade de efetivação do direito à saúde por meio da prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, sem uma justificativa constitucional, implica violação da Constituição.

A referência à capacidade instalada como critério a ser levado em conta para a participação privada na prestação de serviços públicos de saúde parece ter ganhado relevo a partir de um parecer emitido pela Procuradoria da República no qual consta a seguinte conclusão:

(...) a correta leitura do art. 197 da CF (e face às demais regras vigentes) é a de que a execução dos serviços de saúde deve ser feita diretamente (pelo Estado) ou **por terceiros** (hospitais e unidades hospitalares de entidades filantrópicas que venham a integrar o SUS), **os quais comparecem com sua capacidade instalada e em caráter complementar**, e por pessoa física ou jurídica de direito privado (consultórios médicos e hospitais privados não filiados ao SUS). Todos exercem serviços de relevância pública, **mas aqueles prestados pelo Estado são de natureza essencialmente pública, integral e universal, caracterizando-se como direito fundamental e dever do Estado.**³⁷

A regulamentação infralegal do SUS manteve tal direção equivocada, ao estabelecer novos limites à participação privada, em especial no que se refere a um argumento inconstitucional: o de que a participação privada complementar deve ocorrer por meio da *utilização da capacidade instalada das entidades privadas prestadoras de serviços públicos*. Nesse sentido, a própria Portaria nº 1.034/2010 determina que:

Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.

Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas serão utilizados os seguintes instrumentos:

I - convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;

II - contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde; e

III - contrato de gestão, firmado entre ente público e entidade privada qualificada como Organização Social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de serviços assistenciais à saúde.

Art. 4º O Estado ou o município deverá, ao recorrer às instituições privadas, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, observado o disposto na legislação vigente.

Entretanto, como já ressaltado no início deste Item, a utilização da capacidade instalada, entendida como a estrutura completa e em funcionamento

37. GONÇALVES, Wagner. *Parecer sobre terceirização e parcerias na saúde pública*. 1998. Mimeo. p.21 (os grifos não constam do original).

de uma unidade privada prestadora de serviços de saúde, consiste em *uma das hipóteses* de participação privada no Sistema Único de Saúde. Além dela, são admitidas tanto a transferência da gestão – ou *gerência*, no vocabulário do SUS³⁸ – de uma unidade pública quanto a contratação de determinadas atividades internas ou externas a uma unidade de saúde. Entender o contrário implica obstar a possibilidade de que a Administração Pública em cada caso concreto firme vínculos com o particular para que este preste determinado serviço ou grupo de serviços conforme sua necessidade.

Por fim, insta mencionar que nem todos os atos normativos são contaminados pela visão ideológica estatizante e deslocada no tempo e no espaço, como as acima transcritas. Nesse sentido, a Norma Operacional Básica - NOB/SUS nº 01/96, em seu Item nº 4, que trata do Sistema de Saúde Municipal, dispõe expressamente que:

Os estabelecimentos desse subsistema municipal, do SUS-municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou **privadas** (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas, de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral.

Isso significa dizer que, **independentemente da gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços ser estatal ou privada, a gestão de todo o sistema municipal é, necessariamente, da competência do poder público** e exclusiva desta esfera de governo, respeitadas as atribuições

38. Nos termos da NOB 01/96, aprovada pela Portaria GM/MS nº 2.203/96, são atribuídos significados diversos para os termos *gerência* e *gestão*. Enquanto a *gerência* é conceituada como sendo a *administração de uma unidade ou órgão de saúde, (ambulatório, hospital, instituto, fundação, etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema, a gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria*. Nesse sentido, o ato normativo em referência qualifica como *gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal*. Não obstante, por se tratar de termos consagrados na teoria jurídica, será adotado no presente trabalho o termo *gestão*, seguido da respectiva qualificação, para se referir tanto à administração de uma unidade (o que será mais frequente) quanto para a gestão de todo o sistema público de saúde. De qualquer modo, importa ter claro que, nos termos do artigo 198, inciso I, da Constituição Federal, a gestão do sistema de saúde em cada um dos níveis federativos deve ser única e, evidentemente, realizada pelo Poder Público. Tal dispositivo constitucional não determina, entretanto, que a execução dos serviços seja desempenhada pela iniciativa privada. Nessa perspectiva, é pertinente a observação de Gilles Guglielmi, para quem: “Os órgãos encarregados da gestão são sempre aqueles de uma pessoa pública, pois o serviço público é uma atividade de interesse geral, garantido ou assumido por uma pessoa pública.” (GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au droit des services publics*. Paris: EJA, 1994. p.69).

do respectivo Conselho e de outras diferentes instâncias de poder.³⁹

Tal entendimento merece ser louvado. No exercício de sua competência constitucional de garantia do direito à saúde, cumpre ao administrador público de cada ente federativo, observados os ditames constitucionais, optar pelos modelos de participação privada que mais eficientemente concretizem o referido direito. A natureza complementar da participação privada nos serviços públicos de saúde, bem como sua regulamentação pela Lei nº 8.080/90, interpretadas à luz dos direitos fundamentais, conduzem a essa conclusão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fixadas tais considerações, pode-se perceber que a *complementaridade* da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde, prevista na Constituição, não se refere à hipótese de incentivo estatal à *prestação privada de serviços de saúde*, mas de *serviços públicos* de saúde prestados por particulares.

A hipótese refere-se, pois, a **delegação de serviço público**, com todos os consectários legais atinentes ao regime jurídico de sua prestação. A participação privada no SUS deve ocorrer por meio de mecanismos jurídicos que garantam ao sistema controle e fiscalização sobre o serviço e que garantam ao prestador privado segurança jurídica e financeira a sua prestação.

Afora essa participação privada complementar, o setor de saúde comporta a prestação de **serviços de saúde por particulares fora do sistema público de saúde – SUS**. Nessa hipótese, ocorre a prestação de serviços privados, que podem ou não ser exercidos com algum tipo de **fomento** estatal.

A complementaridade da participação privada nos serviços de saúde conduz, portanto, ao reconhecimento da possibilidade de **delegação de serviços públicos de saúde a particulares**, a ser instrumentalizada por meio de ajustes celebrados com a iniciativa privada, os quais podem ter como objeto: (i) um serviço ou um grupo de serviços internos relacionados à atividade-fim de uma entidade ou órgão público prestador de serviços de saúde; (ii) a prestação de serviços por uma unidade privada dotada de infraestrutura apta ao desenvolvimento das atividades ajustadas; ou (iii) toda a gestão de uma unidade pública de saúde – incluindo, obviamente, atividades-fim, atividades-meio e atividades acessórias.

Em cada situação concreta, cumpre ao Administrador Público escolher, motivadamente, a melhor opção para a prestação de serviços públicos de saúde a todos aqueles que dele necessitam, adotando para tanto, se for o caso, o modelo de ajuste mais adequado ao caso.

39. Portaria GM/MS nº 2.203, de 5 de novembro de 1996 (os grifos não constam do original).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Princípios de Direito Público Econômico*. Granada: Comares, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923 – DF, Relator Ministro Carlos Brito, Diário de Justiça, 01 ago. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923-5/DF, Tribunal Pleno, Relator Originário Min. Ilmar Galvão, Relator Min. Eros Grau, Diário de Justiça da União, 21 set. 2007.
- CECHIN, José. *A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.49 e segs.
- COLOMBO, F.; TAPAY, N. Private Health Insurance in OECD Countries: The benefits and Costs for Individuals and Health Systems. *OECD Health Working Papers*, n.15, OECD Publishing, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FRANÇA, Susete Barboza. A presença do estado no setor saúde no Brasil. *Revista do Serviço Público*, ano 49, n.3, p.86, jul./set. 1998.
- GONÇALVES, Wagner. Parecer sobre terceirização e parcerias na saúde pública. 1998. Mimeo.
- GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au droit des services publics*. Paris: EJA, 1994.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.129, jan./mar. 2003.
- MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional n.º 19/98. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.11, p.8, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 mar. 2007.
- OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *Sistemas comparados de saúde: uma análise preliminar*. Mimeo.
- OECD. *Proposal for a Taxonomy of Health Insurance*. Paris: OECD, 2004.
- POMPEU, João Cláudio Basso. *A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS: alguns elementos para reflexão*. 2004. 183p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2004.
- SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia D.; PORTO, Silvia Marta. O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, n.13, p.1431-1440, 2008.
- SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 627.715-5/3-00 – SP. Relator: Des. Lineu Peinado. 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008
- WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.



O SIGNIFICADO DA SAÚDE E A AVALIAÇÃO DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DA ELEGIBILIDADE AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

IGOR AJOUZ



Mestre em Direito pela UNESA • Pós-graduado em Direito Público pela UnB • Professor de Direito Administrativo da UNESA • Procurador Federal (AGU).

SUMÁRIO: Introdução. 2. As concepções de saúde e deficiência segundo os critérios médicos: fim de uma hegemonia? 3. As dificuldades em torno da delimitação conceitual da deficiência para fins assistenciais. 4. A avaliação da deficiência a partir das regras ditadas pela Lei 12.435/2011. 4.1. A constatação dos impedimentos. 4.2. A aferição conglobante da deficiência. 5. Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho aborda novas perspectivas hermenêuticas sobre a definição de deficiência, a busca de critérios para a subsunção dos portadores de déficits corporais ao conceito de pessoa deficiente para fins assistenciais. O estudo percorre concepções de saúde e aptidão física segundo modelos teóricos médicos e sociais, investigando o equilíbrio que deve existir para a formação de juízos adequados à produção normativa nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiência. Saúde. Benefício de prestação continuada.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de seguridade social, tal como delineado no art. 194 da Constituição Federal de 1988, prestigia a articulação entre domínios técnicos e operacionais relacionados às políticas públicas de saúde, previdência e assistência social. A integração das ações dos poderes públicos e da sociedade encoraja a conexão entre cogitações teóricas relacionadas ao conceito de saúde e a dimensão aplicativa de um dos mais relevantes benefícios contemplados entre as políticas públicas de assistência social – o benefício de prestação continuada outorgado às pessoas portadoras de deficiência que não possam prover à própria manutenção ou tê-la provida pela família¹.

O acesso ao benefício de prestação continuada, desde a sua instituição, veiculada no bojo da Lei 8742/93, tem sido embaraçado por força de uma

1. O benefício de prestação continuada – ao menos quanto ao volume das despesas – é o principal componente do sistema nacional de assistência social, sendo devido, nos moldes do art. 203, V, da Constituição Federal de 1988, aos idosos e portadores de deficiência em situação vulnerável. No ano de 2010, havia 3.401.500 benefícios assistenciais de prestação continuada em manutenção pelo INSS, dos quais 1.623.200 tinham titulares idosos e 1.778.300 tinham titulares portadores de deficiência, consumindo parte significativa da previsão orçamentária de despesas relacionadas à assistência social para o exercício de 2010, estimadas em R\$ 38.629.489.810,00 (fontes: Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS 2009, disponível em <<http://www.previdenciasocial.gov.br>>, acesso em 24.11.2010 e ANFIP. *Análise da seguridade social em 2010*. Brasília: ANFIP, 2011).

intensa dissensão em torno da definição de seu público-alvo, designadamente quanto à conceituação de pessoa portadora de deficiência².

O enfrentamento jurídico da questão, decerto, não pode ser resumido à interpretação do conjunto de normas que disciplinam os critérios de avaliação e concessão do benefício segundo a trivial e – neste ponto – insuficiente busca de inspiração axiológica constitucional. Impõe-se, para a empreitada proposta, conhecer e aplicar diferentes concepções de saúde e deficiência, desde a referência médica até a construção biopsicossocial, para a determinação do alcance subjetivo da norma estampada no art. 203, V, da Carta Magna.

O presente trabalho se dedica à análise das diversas concepções de saúde e deficiência influentes sobre a regulação do benefício de prestação continuada, explorando as dificuldades de uma elaboração conceitual e investigando o alinhamento do arcabouço legislativo pátrio, especialmente após a edição da Lei 12.435/2011, às normas de direito internacional e à linha teórica da medicina social que acode à aferição conglobante de deficiência, para ensejar reflexão sobre uma abordagem pericial adequada à matriz teórica apresentada.

2. AS CONCEPÇÕES DE SAÚDE E DEFICIÊNCIA SEGUNDO OS CRITÉRIOS MÉDICOS: FIM DE UMA HEGEMONIA?

A literatura especializada tem apontado um recente incremento do interesse acadêmico em torno da definição do conceito de saúde, fenômeno justificado pelo desenvolvimento de novas tecnologias diagnósticas e terapêuticas, ofertadas ou, no mínimo, divulgadas à população usuária com uma rapidez e riqueza de detalhes informativos sem precedentes³.

A valorização da saúde no seio da sociedade de consumo⁴⁵ e sua inserção em um movimento global de promoção da saúde⁶ têm fomentado a busca por uma explicitação conceptual que concilie o refinamento técnico com elementos que atendam ao escopo de solução da crise de satisfação à grande

2. "Um dos principais desafios do BPC (...) é definir quem é a pessoa com deficiência elegível ao programa" BARBOSA, Livia; DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson. Diversidade corporal e pericia medica: novos contornos da deficiência para o benefício de prestação continuada. Revista textos & contextos, vol. 8, nº 2, 2009, p. 379.

3. BATISTELLA, Carlos. *Saúde, doença e cuidado: complexidade teórica e necessidade histórica*. In FONSECA, Angélica Ferreira (org.). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV/ Fiocruz, 2007, p. 25-26.

4. DWORKIN, Ronald W. *Felicidade artificial: o lado negro da nova classe feliz*. Trad. Paulo Anthero Barbosa. São Paulo: Planeta, 2007, p. 10.

5. LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 57.

6. NOGUEIRA, Roberto Passos. A segunda crítica social da saúde de Ivan Illich. *Interface*, vol. 7, nº 12, 2003, p. 187.

clientela, considerada a proteção à saúde como política pública e direito fundamental⁷.

A tarefa de atribuição de sentido ao termo saúde, decerto, não apresenta rasa dificuldade, pondo-se como *vexata quaestio* mesmo no âmbito do discurso médico científico⁸.

Por muitos séculos a medicina tem exercido, enquanto domínio técnico especializado, o monopólio da preceituação distintiva do que sejam normalidade e disfunção⁹, saúde e doença, privilegiando, como parte de sua metodologia científica, a definição catalográfica de todas as perturbações à saúde examinadas pela comunidade acadêmica¹⁰.

O avanço científico da medicina, implicando no menoscabo de fatores metafísicos outrora valorizados¹¹, resultou na construção de três grandes pilares do discurso médico contemporâneo: a tecnicização, a guiar os processos e intervenções médicas pela racionalidade epistemológica; a secularização, pelo abandono de crenças transcendentais; e a medicalização¹², traduzida na incorporação de critérios médicos em diversos segmentos da vida social – inclusive na linguagem¹³.

A consolidação de tais fatores transformou o saber médico em uma fonte concreta de regulação, investindo de autoridade e conferindo influência ao

7. Sobre a condensação de um valor moral que confere fundamento ao direito à saúde: ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias medicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 31.

8. CZERESNIA, Dina. *The concept of health and the difference between promotion and prevention*. In CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado (org.). *Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendências*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p.42.

9. A obra de Scliar descreve com detalhes o percurso histórico da abordagem do conceito de saúde, desde o olhar mágico pré-helênico, passando pela observação empírica da medicina hipocrática, até a sedimentação do enfrentamento científico (SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2005).

10. GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Trad. Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 110.

11. A definição das doenças passa a ser guiada pela objetividade resultante da observação empírica viabilizada pelo desenvolvimento tecnológico e científico de ramos como a fisiologia, a anatomia patológica, a imunologia e a farmacologia, implicando no descarte de fatores subjetivos antes apreçados (BATISTELLA, Carlos. *Saúde, doença e cuidado: complexidade teórica e necessidade histórica*. In FONSECA, Angélica Ferreira (org.). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 43-44).

12. A medicalização é um fenômeno em função do qual a apresentação de problemas – antes estranhos à seara médica – é posta sob termos médicos, adotando-se linguagem tipicamente médica para a sua descrição, seja para a utilização de parâmetros médicos para a compreensão do problema, seja pela analogia à intervenção médica para a indicação de tratamento (CONRAD, Peter. *Medicalization and social control*. *Annual Review of Sociology*, vol. 18, 1992, p. 211).

13. STEPKE, Fernando Lolos. *Muito além do corpo: a construção narrativa da saúde*. Trad. Thiago Gambi. São Paulo: Loyola, 2006, p. 13-14.

conhecimento técnico produzido e reproduzido¹⁴. Sua hegemonia, contudo, vem sendo desafiada por diferentes setores cognitivos – psicologia, sociologia, economia e direito – numa contenda que, mais do que o mero saber acadêmico, envolve a realização de ideais de justiça distributiva¹⁵ e comporta uma verdadeira disputa de poder¹⁶.

A busca pela definição da saúde passa a envolver novos fatores, aportando linguagens, valores e premissas teóricas de campos científicos antes aliados desse processo de construção conceptual¹⁷. A aproximação entre as ciências sociais e a medicina já se afigura, a esta altura, indissolúvel¹⁸, tornando insuficiente a recorrente concepção de saúde como mera ausência de patologia¹⁹ e ²⁰.

Assume relevo, neste contexto, o plano de explicação multicausal das ocorrências ofensivas à saúde, a propor a compreensão do processo saúde-doença como resultante de uma complexa interação de fatores, entre os quais se destacam elementos relacionados ao meio ambiente e à estrutura e dinâmica das

14. Assim, especificamente no campo da explicação dos fenômenos associados à deficiência, o discurso biomédico vergastou argumentos relacionados a sorte ou pecado, buscando fundamentos na embriologia, na genética e na sofisticação diagnóstica (BARBOSA, Livia; DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson. Diversidade corporal e pericia medica: novos contornos da deficiência para o benefício de prestação continuada. *Revista textos & contextos*, vol. 8, nº 2, 2009, p. 378).

15. BARBOSA, Livia; DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson Rufino dos. Disability, human rights and justice. *SUR – International Journal of Human Rights*, vol. 6, nº 11, p. 62.

16. STEPKE, op. cit., p. 21.

17. O surgimento do movimento teórico da medicina social é, neste sentido, emblemático: o conhecimento médico passa a considerar aspectos econômicos, sociais e culturais na empreitada de definição e proteção à saúde da população (BATISTELLA, Carlos. *Saúde, doença e cuidado: complexidade teórica e necessidade histórica*. In FONSECA, Angélica Ferreira (org.). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 40).

18. STEPKE, op. cit., p. 49.

19. BATISTELLA, Carlos. Abordagens contemporâneas do conceito de saúde. In FONSECA, Angélica Ferreira (org.). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 53-54.

20. Na prática clínica e na vida cotidiana, identificamos com frequência indivíduos ativos, social e profissionalmente produtivos, sem sinais de comprometimento, limitação funcional ou sofrimento, auto e hetero reconhecidos como sadios, que, no entanto, são portadores de doenças ou sofrem de agravos, sequelas e incapacidades parciais, mostrando-se muitas vezes profusamente sintomáticos. Outros, ao contrário, encontram-se infectados, apresentam comprometimentos, incapacidades, limitações e sofrimentos sem qualquer evidência clínica de doença. Além da mera presença ou ausência de patologia ou lesão, precisamos também considerar a questão do grau de severidade das doenças e complicações resultantes, com repercussões sobre a qualidade de vida dos sujeitos.

Em uma perspectiva rigorosamente clínica, portanto, a saúde não é o oposto lógico da doença e, por isso, não poderá de modo algum ser definida como “ausência de doença” (ALMEIDA FILHO, Naomar de. O conceito de saúde: ponto-cego da epidemiologia? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, vol. 3, nº 1-3, 2000, p. 7).

relações sociais²¹. A inclusão de fatores socioambientais nesta abordagem sobre a saúde provocou novas formulações nos campos das políticas públicas²², nos acordos semânticos internacionais²³ e, designadamente para os fins do presente estudo, na definição de deficiência.

Ainda assim, a precisa revelação do conceito de saúde se vê embaraçada pelo seu irremovível caráter oculto: não há valores ou padrões absolutos, que possam assegurar o reconhecimento do estado de saúde, pois este é um estado de adequação interna do indivíduo consigo mesmo²⁴, uma sensação de bem-estar e equilíbrio que permite o pleno gozo da vida no ambiente de convívio social.

Estabelecidas as premissas expostas, passa-se a transportar, porque decisivo para a modulação da amplitude subjetiva do benefício assistencial de prestação continuada, o debate para o terreno da definição do que seja deficiência.

3. AS DIFICULDADES EM TORNO DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA DEFICIÊNCIA PARA FINS ASSISTENCIAIS

A formulação teórica da medicina social, como visto, recusa a parametrização da normalidade através de *standards* biomédicos, ainda que lastreados em apurações estatísticas²⁵. Desde Canguilhem²⁶, a saúde tem sido abordada

21. FREITAS, Carlos Machado de. Problemas ambientais, saúde coletiva e ciências sociais. *Ciências sociais & saúde coletiva*, vol. 8, nº 1, 2003, p. 137-150.

22. A forma como a Constituição Federal de 1988 contempla o direito à saúde, consagrando-o como um direito fundamental (art. 6º) e um dever do Estado “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” (art. 196), reflete a influência da memorável VIII Conferência Nacional de Saúde (1986), em cujo bojo se propôs um conceito ampliado de saúde, nos seguintes termos: “em sentido amplo, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. Sendo assim, é principalmente resultado das formas de organização social, de produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida” (disponível em <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em 15/07/2011).

23. Tal como consta no Preâmbulo da Carta de 7 de abril de 1948, que instituiu a Organização Mundial de Saúde como instituição especializada no âmbito da ONU, “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Há, contudo, quem tenha criticado o conceito, porquanto a existência de perfeito bem-estar seria utópica para qualquer indivíduo (SEGRE, Marcos; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública USP*, vol. 31, nº 5, 1997, p. 538-542).

24. GADAMER, op. cit., p. 113-114.

25. A referência a padrões de normalidade como guia para a averiguação da deficiência é observada, e.g., no Decreto nº 914/93 e no Decreto nº 3298/99, que reputa deficiência “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”.

26. CAPONI, Sandra. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud. *História, ciência e saúde*, vol. 4, nº 2, 1997, p. 287-307.

como objeto de uma problematização político-filosófica que recebe ingredientes de ordem estrutural, como as condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, transporte, lazer e acesso a serviços sanitários em cada sociedade, estimulando-se empreitadas teóricas que cuidem de integrar aspectos sociais e econômicos à abordagem de processos diagnósticos, terapêuticos e profiláticos, no campo da saúde²⁷ e nos domínios conexos.

Os reflexos dessa integração teórica ultrapassaram o âmbito acadêmico²⁸, apresentando projeções na elaboração e execução de políticas públicas²⁹—exemplos manifestos são as referências à saúde na enunciação das políticas públicas relacionadas às relações de trabalho³⁰, educação³¹, ao meio ambiente³² e aos cuidados com crianças e adolescentes³³, bem assim ao bem-estar das pessoas idosas³⁴.

Especificamente na seara assistencial, o apelo à articulação entre as esferas da saúde e da assistência social decorre tanto da localização tópica das respectivas políticas públicas na engrenagem da seguridade social³⁵ como da sua inserção no rol

27. BATISTELLA, Carlos. *Abordagens contemporâneas do conceito de saúde*. In FONSECA, Angélica Ferreira (org.). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 66 e 79.

28. Um exemplo de como as novas formulações teóricas geram importantes efeitos práticos é a evolução estatística do número de deficientes na população brasileira: de acordo com o Censo/IBGE realizado em 1991, apenas 1,14% da população foi reputada deficiente, ao passo que no Censo/IBGE de 2000 a taxa aumentou para 14,5% - o que se explica pela modificação do instrumento de identificação dos deficientes, que passou a contemplar perguntas direcionadas a medir a relação entre a lesão do entrevistado, sua funcionalidade para o trabalho e o contexto social em que está inserido. Assim, estima-se em cerca de 24,6 milhões o número total de deficientes em território nacional, dos quais 13,6 milhões não exercem atividade remunerada no mercado de trabalho formal (SQUINCA, Flávia. O debate sobre deficiência e cuidado como desafio para as teorias de justiça. *Revista de Estudos Universitários*, vol. 34, nº 1, p. 59).

29. Compreendida a experiência da deficiência como uma expressão simbólica de sujeição à opressão e à discriminação social, a ordem constitucional passa a fomentar a sensibilidade da sociedade à diversidade corporal, proibindo qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, da Constituição Federal de 1988), estatuidando a competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II, da Constituição Federal de 1988) e assegurando atendimento educacional e formação profissional especializado aos portadores de deficiência, a fim de garantir sua plena integração (arts. 203, IV; 207, III e 227, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988). Institucionaliza-se um dever de cooperação social, que eleva o cuidado e a adequação dos espaços e relações às necessidades dos deficientes à categoria de obrigações coletivas.

30. Art. 7º, XXII, da Constituição Federal de 1988.

31. Art. 208, VII, da Constituição Federal de 1988.

32. Art. 225 da Constituição Federal de 1988.

33. Art. 227 da Constituição Federal de 1988.

34. Art. 230 da Constituição Federal de 1988.

35. Art. 195 da Constituição Federal de 1988. Evidências do caráter integrado das políticas públicas de saúde, previdência e assistência social são os reflexos que a precariedade das intervenções sobre

de direitos sociais fundamentais³⁶, de efetivação inarredável pelos poderes públicos.

Um dos mais relevantes pontos de interseção entre as políticas públicas de atenção à saúde e promoção de assistência aos desamparados consiste na previsão – também de *status* constitucional – da concessão de benefício pecuniário, com renda mensal equivalente ao salário mínimo, às pessoas portadoras de deficiência que não possam prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família³⁷.

O benefício assistencial de prestação continuada – como usualmente designado nos atos regulamentares³⁸ e na prática administrativa – é destinado a um público-alvo que, em tese, se mostraria bem segmentado: idosos³⁹ e pessoas portadoras de deficiência cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo nacional⁴⁰.

Contudo, a experiência aplicativa do benefício de prestação continuada tem revelado que uma de suas principais dificuldades operacionais reside na atividade de subsunção dos requerentes ao vago conceito normativo de pessoas portadoras de deficiência⁴¹.

Desde a instituição do benefício de prestação continuada, com a edição da Lei 8742/93, seis diferentes critérios de avaliação já foram ditados no bojo de regulamentos. O mais recente instrumento de normatização dos parâmetros de avaliação médico-pericial da deficiência e do grau de incapacidade da pessoa deficiente é a Portaria Conjunta MDS/INSS nº 01/2011⁴², que incorpora conceitos extraídos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴³, assinada pelo Brasil em 30 de março de 2007, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009.

doenças crônicas não transmissíveis no âmbito do SUS provocam sobre as despesas previdenciárias e assistenciais, como reportam Achutti e Azambuja (ACHUTTI, Aloysio; AZAMBUJA, Maria Inês Reinert. Doenças crônicas não transmissíveis no Brasil: repercussões do modelo de atenção à saúde sobre a seguridade social. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 9, nº 4, 2004, p. 833-840).

36. Art. 6º da Constituição Federal de 1988.

37. Art. 203, V, da Constituição Federal de 1988.

38. Vide, por todos, o Decreto nº 6214/2007.

39. O Estatuto do Idoso (Lei 10741/2003) fixou em 65 anos a idade para acesso ao benefício de prestação continuada.

40. O critério econômico de acesso ao benefício de prestação continuada é previsto expressamente na regra contida no art. 20, § 3º, da LOAS (Lei 8742/93), parâmetro cuja constitucionalidade restou afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn nº 1232. A matéria voltará a ser examinada pela Corte Suprema no julgamento do Recurso Extraordinário nº 567.985, submetido a regime de repercussão geral.

41. Tal dificuldade também se verifica na aplicação de outras normas constitucionais que outorgam vantagens aos portadores de deficiência, como no credenciamento à inclusão na reserva de cargos e empregos públicos (art. 37, VIII) e na previsão de aposentadoria especial (art. 40, § 4º, I).

42. Publicada no DOU de 26/05/2011.

43. Sobre tudo a terminologia típica da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), adotada pela OMS.

A nova concepção regulamentar de deficiência acompanha a marcha de superação de critérios estritamente biomédicos, passando a contemplar aspectos relacionados à interação do indivíduo com seu meio social. A deficiência deixa de ser compreendida como uma desvantagem ditada por uma sentença aleatória da natureza para resumir o resultado de vetores de opressão da sociedade contra aqueles que habitam corpos não alinhados aos padrões de normalidade⁴⁴. A abordagem do tema da deficiência se torna, destarte, uma matéria de justiça social⁴⁵.

A elegibilidade dos portadores de deficiência ao benefício de prestação continuada, nestes moldes, há de envolver uma delicada harmonização entre o conhecimento médico e a percepção sociológica, em meio à permanente exposição ao risco de influxo de valores e preconceitos de ordem moral.

Há estudos empíricos, realizados mediante contato direto com a atividade pericial no âmbito do INSS, que reportam hipóteses imunes a dúvidas pela mera aplicação de conceitos médicos, como as deficiências mentais e outros quadros graves de restrição funcional (tetraplegia e surdez bilateral profunda, por exemplo)⁴⁶, confirmadas após a aplicação do mais recente instrumento de avaliação de pessoas com deficiência, elaborado pelo Ministério do Desenvolvimento Social⁴⁷.

Contudo, a facilidade subsuntiva não é a regra. Uma variedade incontável de situações clínicas não pode ser enquadrada, sob operação automática infalível, ao conceito biomédico tradicional de deficiência como ausência de funcionalidades específicas, o que obsta a hipótese, já cogitada, de que fossem listadas quais variações de habilidades seriam caracterizadas como deficiência, pois um modelo neste formato “ignoraria a complexidade da relação entre as habilidades, as funcionalidades e o contexto social em que vive cada

44. Um exemplo apresentado por Diniz ilustra a asserção: a surdez, por si mesma, não há de ser reputado um fator determinante para a caracterização de deficiência, mas sim quando as restrições auditivas, além da estigmatização, imponham barreiras à integração em uma sociedade que discrimine formas de participação e comunicação diversas do oralismo (DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo sobre a surdez. *Cadernos Saúde Pública*, vol. 19, nº 1, 2003, p. 175-181). O enfrentamento das dificuldades decorrentes das peculiaridades físicas, portanto, não se limita à aplicação de técnicas médicas, passando adaptações necessárias nos sistemas de comunicação, transportes, nas relações de trabalho, etc.

45. DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, vol. 3, nº 2, 2009, p. 16-17.

46. DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, vol. 3, nº 2, 2009, p. 18.

47. São listadas como doenças mais frequentes entre as pessoas reputadas deficientes: 1) doenças crônicas (29,6%); 2) deficiência mental (20%); 3) deficiência do aparelho locomotor (18,8%) e 4) deficiências múltiplas (14,6%) (BRASIL. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Brasília: MDS/MPS, 2007, p. 126).

peessoa⁴⁸. Ainda que um tal enquadramento tópico fosse viável⁴⁹, restaria ainda a dificuldade para a apreciação da “incapacidade para a vida independente e para o trabalho”, exigida pela Lei 8742/93⁵⁰ para o credenciamento dos indivíduos vulneráveis ao gozo do benefício assistencial de prestação continuada. O que se percebe, desta sorte, é a intangibilidade de um consenso que pudesse ditar a *priori* quais variações de habilidades ou funcionalidades abalariam o *handicap* a ponto de configurar deficiência.

Doenças congênitas e que desenvolvem quadros físico-clínicos permanentes, sem condições de tratamento ou cura, “são mais facilmente reconhecidas como deficiências quando comparadas àquelas adquiridas e, muito diretamente, resultantes da interação do corpo com a vida social, como é o caso das chamadas doenças da pobreza”⁵¹. Assim, enfermidades decorrentes de leishmaniose, doença de chagas e doenças vasculares⁵², cujo contágio ou desenvolvimento pode ser diretamente relacionado à precariedade sanitária dos locais de moradia e trabalho, tendem a ser recusadas pela perícia médica oficial como deficiências – reforçando a tese de que a tarefa de distinguir ou associar doença e deficiência é realmente tormentosa.

Neste cenário, o regramento legal do benefício de prestação continuada tem procurado afastar a hegemonia dos critérios estritamente biomédicos para o reconhecimento da deficiência para fins assistenciais, afinal a avaliação da capacidade para a vida independente e para o trabalho não comporta a incidência de conceitos aportados exclusivamente da medicina e das ciências afins. Importa, como observam Diniz e Santos, examinar uma série de fatores socioeconômicos influentes sobre as restrições e possibilidades do indivíduo no meio em que vive:

48. DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia; MEDEIROS, Marcelo. Qual deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 23, nº 11, 2007, p. 2590-2591.

49. Embora não se destine à regulação do benefício de prestação continuada, o Decreto nº 3298/99 é um exemplo de tentativa de listagem de hipóteses alçadas à condição de deficiência. Se sua enunciação fosse seguida, sob regime *numerus clausus*, para fins assistenciais, pessoas portadoras de enfermidades neurológicas degenerativas, artrites, limitações circulatórias graves, doenças renais e esquizofrenia intermitente, segundo Diniz, restariam alijadas do benefício previsto no art. 20 da LOAS (DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia; MEDEIROS, Marcelo. Qual deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 23, nº 11, 2007, p. 2592).

50. Art. 20, § 2º, II, da Lei 8742/93.

51. DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, vol. 3, nº 2, 2009, p. 19.

52. Ishitani revela que há uma relação diretamente proporcional entre indicadores socioeconômicos e a recorrência de doenças cardiovasculares e cerebrovasculares e hipertensivas (ISHITANI, Laurice Harumi et al. Desigualdade social e mortalidade precoce por doenças cardiovasculares no Brasil. *Revista Saúde Pública*, vol. 40, nº 4, 2006, p. 684-691).

“A definição de qual corpo está apto para o trabalho não é resultado de uma narrativa estritamente biomédica sobre a normalidade e suas variações na espécie humana. Nenhum catálogo médico de funções e disfunções da espécie é capaz de prever a diversidade de expressões que o corpo adquire e sua postulação à proteção social pelo BPC. A incapacidade para o trabalho é traduzida por um laudo médico que enuncia um CID, mas este é um texto sobre o corpo que, para além da biomedicina, considera as expectativas sociais sobre a eficiência dos corpos para o trabalho produtivo. O laudo de corpo deficiente elegível ao BPC não é um ato descritivo e objetivo sobre lesões, mas um discurso moral sobre quais expectativas sociais não são passíveis de serem atendidas por determinados corpos”⁵³.

Não se está a sustentar que a medição do potencial produtivo do corpo enfermo a partir de avaliações socioeconômicas, no lugar de critérios estritamente biomédicos, soluciona a dificuldade da admissão à elegibilidade para a fruição do benefício de prestação continuada. A tarefa continua árdua e, decerto, ainda mais complexa, porquanto, contemplando ingredientes socioeconômicos, rende ensejo a ponderações em torno da idade⁵⁴, da escolaridade, da experiência profissional⁵⁵, da estrutura familiar e comunitária.

53. DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, vol. 3, nº 2, 2009, p. 19-20.

54. Há estudos que evidenciam uma conexão entre o vetor demográfico do envelhecimento populacional e a percepção de deficiência, ao menos enquanto objeto de autodeclaração: assim, por exemplo, a artrite, enfermidade prevalente entre idosos, embora usualmente induza a limitações leves na funcionalidade corporal, pode conduzir à experiência da deficiência em ambientes hostis (DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Envelhecimento e deficiência. In CAMARANO, Ana Amélia (org). *Os novos brasileiros: muito além dos 60*. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 112). No mesmo sentido, Squinca, abordando a perda natural de acuidade visual decorrente do envelhecimento e as restrições à execução de habilidades corporais (SQUINCA, Flavia. Deficiência e AIDS: o Judiciário e o benefício de prestação continuada. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2007, p. 36-37).

55. “PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742/1993 (LOAS). REQUISITOS: INCAPACIDADE LABORAL E PRECÁRIA SITUAÇÃO FINANCEIRA. AVALIAÇÃO DA REALIDADE PESSOAL DO CANDIDATO AO AMPARO. MOLÉSTIA OU DEFICIÊNCIA FÍSICA OU IDADE AVANÇADA ASSOCIADA A OUTROS FATORES DE RISCO SOCIAL. BAIXA RENDA, POUCA ESCOLARIDADE, NENHUMA ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CHANCES INEXISTENTES DE ASSIMILAÇÃO PELO MERCADO DE TRABALHO. DEMONSTRAÇÃO DE SAÚDE PRECÁRIA E DE IMPOSSIBILIDADE REAL DE PROVER A PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA. JUSTIFICADA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. 1. Ao postular o Benefício Assistencial previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), deve a parte, a princípio, satisfazer os requisitos legais, como incapacidade para o trabalho e/ou para vida independente, e renda familiar mensal inferior a 1/4 do salário mínimo. 2. Os termos da lei, no entanto, só adquirem significado na interpretação orientada pela Constituição Federal, a partir de um exame lúcido da realidade pessoal do candidato ao amparo social. 3. Incapacidade parcial decorrente de moléstias graves, quando associada a fatores de risco social como a baixa escolaridade, nenhuma especialização profissional e baixo nível socioeconômico do grupo familiar, acaba se tornando em invalidez total, o que justifica a concessão do benefício assistencial” (TRF 4ª Região, AC 200771990078205, rel. Juíza Federal Maria Isabel Pezzi Klein, D.E. 31/01/2008).

Por isso mesmo é que a Lei 12.435/2011, ao modificar a redação do art. 20, § 6º, da LOAS, estipula a necessidade de avaliação médica e social, nos seguintes termos: “A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional do Seguro Social”. Antes, a regra previa somente a realização de exame pelos serviços de perícia médica do INSS (art. 20, § 6º, da LOAS, com a redação que lhe atribuiu a Lei 9720/98).

A reforma legislativa implementada pela promulgação da Lei 12.435/2011 marca a compatibilização das regras inerentes ao benefício de prestação continuada com a terminologia adotada pela OMS (CIF)⁵⁶ e com os pactos internacionais aos quais aderiu o Brasil, designadamente com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nova Iorque, 2007)⁵⁷. Subsistem, porém, inúmeras questões a merecer análise, impondo-se a interpretação das novas normas.

4. A AVALIAÇÃO DA DEFICIÊNCIA A PARTIR DAS REGRAS DITADAS PELA LEI 12.435/2011

A edição da Lei 12.435/2011 estatui, de modo explícito, uma harmonização das normas atinentes ao benefício de prestação continuada com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁵⁸, aprovada pelo Congresso Nacional sob o regime estatuído pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988⁵⁹, ou seja, alcançando status jurídico equivalente ao das Emendas Constitucionais⁶⁰.

É emblemática, neste sentido, a identidade entre os conceitos de pessoa portadora de deficiência veiculados nos diplomas referidos: “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação

56. O regulamento do benefício de prestação continuada já previa a compatibilização da avaliação médico-pericial aos critérios expedidos pela OMS, como se extrai do art. 16 do Decreto n. 6214/2007: “a concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde nº 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001”.

57. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. In SAVARIS, José Antonio. *Curso de perícia judicial previdenciária*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 117-132.

58. O escopo de promoção de ajustes na regulação do benefício de prestação continuada foi retratado no item 4 da Exposição de Motivos MDS nº 7/2008.

59. Como se infere do art. 1º do Decreto Legislativo nº 186/2008: “Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007”.

60. “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”⁶¹.

O conceito de deficiência adotado pelo ordenamento jurídico pátrio conjuga, pelo que se extrai do texto reproduzido, dois elementos básicos: (i) a constatação de restrições físicas, intelectuais ou sensoriais e (ii) a obstrução à participação social. Cabe, destarte, o exame de cada um deles em apartado.

4.1 A CONSTATAÇÃO DOS IMPEDIMENTOS

A enunciação de “impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial” estimula, de plano, um primeiro questionamento: como mensurar cronologicamente a permanência das restrições?

Não havendo balizamento no texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o legislador brasileiro pretendeu fixar um critério objetivo para a caracterização de impedimentos de longo prazo, estipulando-os como aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de dois anos^{62 e 63}.

O sistema de avaliação médico-pericial projetado pelo conjunto de normas que disciplinam o benefício de prestação continuada incorpora, nestes moldes, de forma clara, uma opção de confiança no julgamento prognóstico atribuído ao corpo de peritos médicos que integram o corpo funcional da Previdência Social⁶⁴.

O regime de avaliação da capacidade laboral dos segurados do RGPS sempre foi movido pela primazia da análise técnica, confiando-se na expertise

61. Art. 20, § 2º, I, da Lei 8742/93 e art. 1º da Convenção de Nova Iorque.

62. Art. 20, § 2º, II, da LOAS. O art. 21, caput, da LOAS estipula, projetando a possibilidade de reversão do juízo sobre a deficiência, que o benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada dois anos, para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

63. A opção do legislador tende a inibir construções jurisprudenciais que, ao arropio da lei, deferiam a concessão do benefício de prestação continuada a demandantes cuja inaptidão para o trabalho fosse meramente episódica e temporária (por todas, a decisão da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no pedido de uniformização de interpretação de lei federal nº 200770530028472, rel. Juiz Federal Manoel Rolim Campbell Penna, DOU 08/02/2011).

64. Nos termos do art. 3º do Decreto nº 6214/2007, “o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS é o responsável pela operacionalização do Benefício de Prestação Continuada”.

científica dos médicos⁶⁵ credenciados junto à Previdência Social⁶⁶.

Percebe-se, destarte, que o exame prognóstico, que já era relevante no âmbito das atividades médico-periciais de interesse previdenciário⁶⁷, passa a assumir relevo especial também na arena assistencial, como ferramenta de mensuração do tempo de permanência da incapacidade para vida independente e para o trabalho.

Também quanto à variedade e ao grau das disfunções que podem dar azo à incapacidade foi a Lei 12.435/2011, senão mais compreensiva do que no regime legal anterior, mais descritiva.

O novo texto do art. 20, § 2º, I, da Lei 8742/93, especifica que, para fins assistenciais, as incapacidades que resultam em deficiência podem resultar de limitações físicas, intelectuais ou sensoriais⁶⁸. Não se pode cogitar, doravante, a exigência de uma completa inibição ou supressão das aptidões físicas, intelectuais ou sensoriais⁶⁹, bastando que sejam detectadas limitações que, diante das barreiras ambientais ou sociais, restrinjam o acesso da pessoa aos meios de desenvolvimento e integração de que deseje participar.

A mudança de paradigma pode ser sutil, mas comporta enormes repercussões: sob a égide do modelo legal anterior, a investigação médico-pericial

65. A atividade médico-pericial no âmbito previdenciário é regida pela Resolução nº 1488/98 do Conselho Federal de Medicina, nos seguintes moldes:

“Art. 6º 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”.

66. Desde que instituído o programa de cobertura previdenciária estimada, por obra da Orientação Interna INSS/DirBen nº 138/2006, passou-se a admitir a produção direta de efeitos jurídicos pelo prognóstico médico-pericial, que, a partir de evidências médicas, fixaria uma data estimada para a plena recuperação da capacidade laboral do segurado beneficiário de auxílio-doença (LAZZARI, João Batista. Benefícios por incapacidade: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente. In _____. *Curso modular de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 448)

67. AJOUZ, Igor; CHAVES, Roberto de Souza. Notas sobre a legalidade e a eficiência do programa de cobertura previdenciária estimada (alta programada). *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, vol. 22, nº 263, 2011, p. 29-48.

68. Sobre os aspectos terminológicos e semânticos de cada uma dessas expressões, SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. In: VIVARTA, Veet (coord.). *Mídia e deficiência*. Brasília: Andi/Fundação Banco do Brasil, 2003, p. 160-165.

69. “Em geral, as definições baseadas no modelo médico exigem um grande afastamento dos padrões de normalidade para considerar alguém deficiente” (DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Envelhecimento e deficiência. In CAMARANO, Ana Amélia (org). *Os novos brasileiros: muito além dos* 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 109).

se ocupava, com maior profundidade, com a avaliação em derredor da reversibilidade do quadro físico-clínico⁷⁰, aferindo se a incapacidade para a vida independente e para o trabalho seria plena e permanente⁷¹. Concentravam-se esforços sobre o diagnóstico médico, sob enfoque individual, ignorando-se o meio e a visão conjuntural das relações sociais e de trabalho⁷².

Os órgãos incumbidos da avaliação médico-pericial no âmbito do INSS, ao promover a avaliação do postulante, consideravam a incapacidade de vida independente apenas sob a referência da aptidão para desempenhar as atividades relacionadas ao autocuidado, focalizando somente a capacidade em vestir-se, comer, fazer a higiene pessoal e evitar riscos. A aptidão para o trabalho, por seu turno, era medida especulando-se se o requerente preservaria potencial para o desempenho de alguma atividade laboral⁷³. A incapacidade, assim, era definida em função das limitações presentes (palpáveis ou mensuráveis segundo critérios biomédicos) nas pessoas com deficiência, sem atentar para as desvantagens sociais que cercam cada um dos potenciais beneficiários.

Ocorre que, a rigor, diante da variedade e da evolução das técnicas de fisioterapia, educação especializada e habilitação profissional, pouquíssimas são as pessoas em relação às quais se pode afirmar, peremptoriamente, sejam plenamente inaptas para o exercício de qualquer profissão ou atividade com rendimentos. O que se observa, usualmente, é um universo numeroso de pessoas com restrições moderadas de habilidades que enfrentam graves restrições ao convívio, à integração e à inserção no mercado de trabalho,

70. A deficiência, nestes moldes, seria uma condição física, mental ou sensorial refratária ao tratamento ou à cura (DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia; MEDEIROS, Marcelo. Qual deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 23, nº 11, 2007, p. 2591).

71. A preocupação com a irreversibilidade e a permanência das disfunções eram expressas no art. 2º, II, do Decreto nº 1.744/1995, que definiu como pessoa com deficiência “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis, de natureza hereditária, congênita ou adquirida, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”.

72. BRASIL. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Brasília: MDS/MPS, 2007, p. 28-29.

73. Sob essa mesma perspectiva, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) editou a Súmula nº 29, com o seguinte texto: “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a que impossibilita de prover ao próprio sustento”. No mesmo sentido era o teor da Súmula nº 30 da Advocacia-Geral da União: “A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993”, cujo cancelamento foi justificado pela recepção pelo ordenamento jurídico pátrio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, consubstanciada no Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008 (Ato AGU s/n de 31/01/2011).

por força de diferentes vetores de discriminação e opressão⁷⁴.

O novo regramento legal determina que sejam sopesadas as circunstâncias de convívio daqueles que se habilitam ao recebimento do benefício, para que sejam medidas e valoradas as barreiras que se põem contra a participação social e o desenvolvimento individual dos mesmos, orientando o que se pode designar como uma *aferição conglobante* da deficiência.

4.2 A AFERIÇÃO CONGLOBANTE DA DEFICIÊNCIA

A opção pela aferição conglobante da deficiência implica na passagem da referência da *minusvalia*, que norteava a avaliação pericial das desvantagens do portador de déficits funcionais sob regime unidimensional e causalista, em prol da análise das reais chances de participação da pessoa nas engrenagens sociais, considerada a sua história, as pessoas e o ambiente à sua volta⁷⁵.

Conquanto houvesse sinais da adoção do critério de aferição conglobante da deficiência em normas e regulamentos infralegais, como no Decreto nº 6.214/2007⁷⁶ e na Portaria Conjunta MDS/INSS nº 01/2011⁷⁷, sua incorporação a uma norma jurídica com força de lei reforça vinculatividade e sedimenta sua aplicabilidade *erga omnes*, eliminando a sujeição à crítica de excesso no exercício do poder regulamentar, afinal, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, à fiel execução das leis servem os regulamentos, não podendo estes inovar a ordem jurídica⁷⁸, criar ou restringir direitos⁷⁹. De outro lado, a reforma ditada pela Lei 12.435/2011 aperfeiçoa o processo de adequação da legislação infraconstitucional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada com envergadura de Emenda Constitucional na ordem jurídica interna.

A elegibilidade das pessoas portadoras de deficiência passa a ser norteada, com lastro em previsão legal, por uma abordagem biopsicossocial, que abandona a prevalência do diagnóstico médico-etiológico da disfunção para

74. ABBERLEY, Paul. The concept of oppression and the development of a social theory of disability. *Disability, handicap & society*, vol. 2, nº 1, 1987, p. 15-17.

75. BRASIL. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Brasília: MDS/MPS, 2007, p. 31-32.

76. Art. 16, § 2º, do Decreto nº 6.214/2007: "A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades".

77. Art. 1º, § 1º, da Portaria Conjunta MDS/INSS nº 01/2011: §1º A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, a que se refere o caput, é constituída pelos seguintes componentes, conforme definido nos Anexos I, II e III: I - Fatores Ambientais; II - Atividades e Participação; III - Funções e Estruturas do Corpo.

78. ATALIBA. Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136.

79. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69.

incorporar três diferentes dimensões interativas e expostas aos fatores ambientais: a biomédica, a psicológica e a social⁸⁰.

A avaliação de funcionalidade há de ter em conta, a *fortiori*, o grau de limitação das atividades decorrente das características de cada história pessoal, valorando-se o nível de restrição à participação nas atividades sociais. O foco do exame deixa de ser a extensão da lesão para a experiência social decorrente da deficiência, recusando-se a aplicação homogênea de conceitos médicos que olvida a diversidade pessoal e contextual⁸¹. Sendo assim, duas pessoas com a mesma doença podem apresentar diferentes níveis de funcionalidade, bem como duas pessoas com o mesmo nível de funcionalidade não têm necessariamente a mesma condição de saúde⁸².

O caso dos portadores do vírus HIV é emblemático: a configuração da deficiência dependerá não somente da avaliação sintomática⁸³, mas do exame contextual de opressão que a discriminação, as restrições de acesso ao mercado de trabalho e as características da formação pessoal e familiar impliquem sobre cada indivíduo soropositivo⁸⁴. Tentativas de generalização, como a percebida na Lei 7670/88, ou a uniformização de tratamento a partir de critérios pré-concebidos tornam-se, nesta seara, inconvenientes⁸⁵.

80. "A CIF utiliza o termo "incapacidade" para "denotar um fenômeno multidimensional que resulta da interação entre pessoas e seu ambiente físico e social" (BRASIL. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Brasília: MDS/MPS, 2007, p. 33).

81. SQUINCA, Flávia. O debate sobre deficiência e cuidado como desafio para as teorias de justiça. *Revista de Estudos Universitários*, vol. 34, nº 1, p. 62 e 64

82. FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cássia Maria. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, vol. 8, nº 2, 2005, p. 189.

83. Pesquisa realizada junto a médicos filiados à ANMP revelou que 98,2% deles não consideram um indivíduo adulto com diagnóstico de HIV assintomático elegível ao BPC (BARBOSA, Livia; DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson. Diversidade corporal e pericia medica: novos contornos da deficiência para o benefício de prestação continuada. *Revista textos & contextos*, vol. 8, nº 2, 2009, p. 382).

84. SQUINCA, Flávia. *Deficiência e AIDS: o Judiciário e o benefício de prestação continuada*. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2007, 72p.

85. A jurisprudência da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Amazonas tem recusado, a partir de critérios estritamente médicos, a concessão do benefício a portadores do vírus HIV, sem maiores considerações sobre as características biopsicossociais de cada postulante: "A Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA) não é uma doença nem leva, por si só, a um estado de incapacidade. As debilidades sempre decorrem de enfermidades/doenças oportunistas que surgem por causa da baixa imunológica do portador do vírus HIV. Realmente a SIDA ainda não tem cura, mas não chega a ser incapacitante como inúmeras outras doenças ou situações de infortúnio. E há eficiente tratamento com medicamentos específicos capazes de retardar o surgimento de sinais, sintomas e debilidades decorrentes da síndrome, tratamento que proporciona aos soropositivos condições de continuarem a exercer normalmente suas atividades, de terem uma vida normal" (processo nº 20073200700490-1, rel. Juiz Federal Reginaldo Márcio Pereira, DO-AM 30/08/2007).

A mesma lógica deve nortear a avaliação de indivíduos com lesão física que restrinja a capacidade de locomoção⁸⁶, pessoas com retardo mental leve⁸⁷, transtorno bipolar de humor⁸⁸, déficit moderado de acuidade visual e auditiva e outras enfermidades que, segundo o padrão médico convencional, seriam menos propensas à fuga da normalidade ou do controle terapêutico⁸⁹.

Cumpra assimilar, portanto, que, do mesmo modo que há diversidades corporais, existem diferentes formas de habitar um corpo com impedimentos, que variam de acordo com a incidência e a repercussão de uma série de fatores alheios aos critérios estritamente biomédicos⁹⁰. Por tal razão é que a atividade pericial, seja no âmbito da oferta administrativa do benefício de prestação continuada, seja no campo das contendas judiciais que envolvem disputas pela sua concessão, deve ser enriquecida pela colaboração de agentes capazes de sopesar adequadamente o impacto das restrições corporais diante das barreiras contidas no cenário social, aferindo os óbices à integração e à participação de cada postulante⁹¹.

86. “Não caminhar é a expressão da lesão; a deficiência consiste na inacessibilidade imposta às pessoas que usam cadeira de rodas” (DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Envelhecimento e deficiência. In CAMARANO, Ana Amélia (org). *Os novos brasileiros: muito além dos 60*. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 109).

87. “Os indivíduos com este nível de retardo mental tipicamente desenvolvem habilidades sociais e de comunicação durante os anos pré-escolares (do 0 aos 5 anos), têm mínimo prejuízo nas áreas sensorio-motoras e com frequência não são facilmente diferenciados de crianças sem retardo mental até uma idade mais tardia. Ao final da adolescência, podem atingir habilidades acadêmicas equivalentes aproximadamente à sexta série escolar. Durante a idade adulta, geralmente adquirem habilidades sociais e profissionais adequadas para um custeio mínimo das próprias despesas, mas podem precisar de supervisão, orientação e assistência, especialmente quando sob estresse social ou econômico incomum. Com apoios apropriados, os indivíduos com retardo mental leve habitualmente podem viver sem problemas na comunidade, de modo independente ou em contextos supervisionados” (2ª TRPR, processo nº 200570950146729, rel. Juíza Federal Leda Pinho, trecho do voto do Juiz Federal José Antonio Savaris).

88. Doença que 95,3% dos médicos filiados à ANMP não reputam configuradora de deficiência (BARBOSA, Livia; DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson. Diversidade corporal e perícia medica: novos contornos da deficiência para o benefício de prestação continuada. *Revista textos & contextos*, vol. 8, nº 2, 2009, p. 382-383).

89. Nesta linha, por exemplo, pacientes com insuficiência renal crônica controlada e sob tratamento, embora não se amoldem ao “perfil tradicional do deficiente na perspectiva biomédica”, podem ser reputados deficientes por força da necessidade de frequência às sessões de hemodiálise, que dificulta a manutenção de rotinas de trabalho ou estudo. ((BARBOSA, Livia; DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson. Diversidade corporal e perícia medica: novos contornos da deficiência para o benefício de prestação continuada. *Revista textos & contextos*, vol. 8, nº 2, 2009, p. 385).

90. BARBOSA, Livia; DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson Rufino dos. Disability, human rights and justice. *SUR – International Journal of Human Rights*, vol. 6, nº 11, p.65.

91. Mesmo entre os médicos há o reconhecimento da necessidade de participação efetiva de outros profissionais para a verificação e a avaliação, a partir de critérios técnicos, do quadro socioeconômico dos deficientes que pleiteiam o benefício de prestação continuada (DINIZ, Debora;

5. CONCLUSÃO

Do conjunto de elementos abordados no presente estudo se pode extrair a conclusão de que, admitida a incidência da concepção biopsicossocial da deficiência, seu conceito há de ser conectado à privação de harmonia com o meio⁹².

Impende que condução dos procedimentos periciais encontre um novo equilíbrio, conciliando os saberes biomédicos às apurações de ordem social, sem as quais não se pode mensurar que barreiras ou restrições se põem contra a efetiva participação da pessoa no ambiente em que vive.

A busca da harmonização não significa a perda de critérios objetivos na avaliação pericial destinada à triagem e seleção das pessoas credenciadas ao recebimento do benefício de prestação continuada⁹³, mas a acomodação de novos fatores no rol de itens que devem ser investigados para a verificação do comprometimento da viabilidade de participação plena, livre e efetiva na sociedade.

Informações sobre a escolaridade, a história familiar, a experiência profissional, moradia, acesso a serviços de saúde, disponibilidade de transporte, barreiras arquitetônicas e uma série de ingredientes ambientais, portanto, devem ser incorporadas às rotinas das perícias multidisciplinares, o que, embora previsto no protocolo regulamentar⁹⁴ e a despeito

SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, vol. 3, nº 2, 2009, p. 21).

92. SAVIAN FILHO, Juvenal. O conceito de deficiência: enfoque filosófico. In MORENO, Leda Virgínia Alves; ROSITO, Margarete May Berkenbrock (org.). *O sujeito na educação e saúde: desafios na contemporaneidade*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 255.

93. DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia; MEDEIROS, Marcelo. Qual deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 23, n. 11, 2007, p. 2591.

94. Portaria Conjunta MDS/INSS nº 1/2011, art. 2º: "Os instrumentos para avaliação da deficiência e do grau de incapacidade destinam-se à utilização pelo Assistente Social e pelo Perito Médico, do quadro do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com a finalidade de qualificar a deficiência, as barreiras e dificuldades encontradas pela pessoa na interação com seu meio, da seguinte forma:

I - Assistente Social:

- a) avaliação social, considerando e qualificando o componente "Fatores Ambientais", por meio dos domínios: produtos e tecnologia; condições de moradia e mudanças ambientais; apoio e relacionamentos; atitudes; e serviços, sistemas e políticas;
- b) avaliação social, considerando e qualificando o componente "Atividades e Participação - Parte Social", para requerentes com idade igual ou superior a dezesseis anos, por meio dos domínios: vida doméstica; relações e interações interpessoais; áreas principais da vida; e vida comunitária, social e cívica;
- c) avaliação social, considerando e qualificando o componente "Atividades e Participação - Parte Social", para requerentes com idade de três a quinze anos, por meio dos domínios: relações e interações interpessoais; áreas principais da vida; vida comunitária, social e cívica;
- d) avaliação social, considerando e qualificando o componente "Atividades e Participação - Parte Social", para requerentes com idade de seis meses a dois anos, por meio dos domínios: relações e interações interpessoais; áreas principais da vida; e

do aperfeiçoamento dos instrumentos de avaliação⁹⁵, não se vem desenvolvendo na prática administrativa e no contencioso judicial⁹⁶, ainda servis à autoridade discursiva da medicina.

A lição que se extrai, ao fim do estudo apresentado, é a de que, sofisticados os critérios de definição da deficiência, aperfeiçoados deverão ser os instrumentos e as intervenções profissionais destinadas à avaliação da deficiência para fins assistenciais, designadamente para o enquadramento à *fattispecie* contida no art. 203, V, da Carta de 1988.

e) avaliação social, considerando e qualificando o componente “Atividades e Participação - Parte Social”, para requerentes com idade inferior a seis meses, com valor máximo em todos os domínios, denotando dificuldade completa.

II - Perito Médico:

a) avaliação médico-pericial considerando e qualificando o componente “Funções do Corpo”, por meio dos domínios: funções mentais; funções sensoriais da visão; funções sensoriais da audição; funções da voz e da fala; funções do sistema cardiovascular; funções do sistema hematológico; funções do sistema imunológico; funções do sistema respiratório; funções do sistema digestivo; funções do sistema metabólico e endócrino; funções geniturinárias; funções neuromusculoesqueléticas e relacionadas ao movimento; e funções da pele;

b) avaliação médico-pericial considerando e qualificando o componente “Atividades e Participação - Parte Médica”, para requerentes com idade igual ou superior a três anos, por meio dos domínios: aprendizagem e aplicação de conhecimento; tarefas e demandas gerais; comunicação; mobilidade; e cuidado pessoal;

c) avaliação médico-pericial considerando e qualificando o componente “Atividades e Participação - Parte Médica”, para requerentes com idade de seis meses a dois anos, por meio dos domínios: aprendizagem e aplicação de conhecimento; tarefas e demandas gerais; comunicação; mobilidade; e

d) avaliação médico-pericial considerando e qualificando o componente “Atividades e Participação - Parte Médica”, para requerentes com idade inferior a seis meses, com valor máximo em todos os domínios, denotando dificuldade completa”.

95. BRASIL. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Brasília: MDS/MPS, 2007.

96. As Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, embora repute indispensável a realização de investigação socioeconômica, admitem que tal diligência seja realizada por oficial de justiça – profissional que, à toda evidência, não possui formação teórica para o dimensionamento adequado da vulnerabilidade dos postulantes do benefício assistencial de prestação continuada (Súmula 56: Nos processos cujo objeto seja a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, é indispensável a realização de investigação socioeconômica da parte autora, ainda que realizada por mandado de verificação a ser cumprido por oficial de justiça”).

Mesmo a defesa judicial do INSS, desempenhada pela Procuradoria-Geral Federal, ainda observa o primado da opinião médica, como se infere do Memorando-Circular PFE/INSS nº 1/2008, que estabelece diretriz à atuação dos procuradores federais nos seguintes termos: “8 – É admitida a concessão, restabelecimento ou transformação de benefício previdenciário por incapacidade ou de prestação continuada – BPC/LOAS, com base em laudo técnico de médico perito nomeado pelo juiz, desde que atendidos os demais requisitos legais”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBERLEY, Paul. The concept of oppression and the development of a social theory of disability. *Disability, handicap & society*, vol. 2, n. 1, 1987, p. 5-19.
- ACHUTTI, Aloysio; AZAMBUJA, Maria Inês Reinert. Doenças crônicas não-transmissíveis no Brasil: repercussões do modelo de atenção à saúde sobre a seguridade social. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 9, n. 4, 2004, p. 833-840.
- AJOUZ, Igor; CHAVES, Roberto de Souza. Notas sobre a legalidade e a eficiência do programa de cobertura previdenciária estimada (alta programada). *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, vol. 22, n. 263, 2011, p. 29-48.
- ALMEIDA FILHO, Naomar de. O conceito de saúde: ponto-cego da epidemiologia? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, vol. 3, n. 1-3, 2000, p. 4-20.
- ALVES, Adriana Amaral Ferreira Alves. *Assistência Social: História, Análise Crítica e Avaliação*. Curitiba: Juruá, 2009.
- ANFIP. *Análise da seguridade social em 2010*. Brasília: ANFIP, 2011.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARBOSA, Livia; DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson Rufino dos. Diversidade corporal e perícia médica: novos contornos da deficiência para o benefício de prestação continuada. *Revista textos & contextos*, vol. 8, n. 2, 2009, p. 377-390.
- BARBOSA, Livia; DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson Rufino dos. Disability, human rights and justice. *SUR – International Journal of Human Rights*, vol. 6, n. 11, p. 61-71.
- BATISTELLA, Carlos. Saúde, doença e cuidado: complexidade teórica e necessidade histórica. In FONSECA, Angélica Ferreira (org.). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 25-49.
- BORGETTO, Michel; LAFORE, Robert. *Droit de l'aide et de l'action sociales*. 7. ed. Paris: Lextenso Éditions, 2009.
- BRASIL. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Brasília: MDS/MPS, 2007. 192 p.
- CAPONI, Sandra. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud. *História, ciência e saúde*, vol. 4, n. 2, 1997, p. 287-307.
- CONRAD, Peter. Medicalization and social control. *Annual Review of Sociology*, vol. 18, 1992, p. 209-232.
- CZERESNIA, Dina. The concept of health and the difference between promotion and prevention. In CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado (org.). *Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendências*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003, p. 39-53.
- DINIZ, Débora. Autonomia reprodutiva: um estudo sobre a surdez. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 19, n. 1, 2003, p. 175-181.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Envelhecimento e deficiência. In CAMARANO, Ana Amélia (org.). *Os novos brasileiros: muito além dos 60*. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 107-120.

- DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, vol. 3, n. 2, 2009, p. 16-23.
- DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia; MEDEIROS, Marcelo. Qual deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 23, n. 11, 2007, p. 2589-2596.
- DWORKIN, Ronald W. *Felicidade artificial: o lado negro da nova classe feliz*. Trad. Paulo Anthero Barbosa. São Paulo: Planeta, 2007.
- FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cássia Maria. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, vol. 8, n. 2, 2005, p. 187-193.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. In SAVARIS, José Antonio. *Curso de perícia judicial previdenciária*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 117-132.
- FREITAS, Carlos Machado de. Problemas ambientais, saúde coletiva e ciências sociais. *Ciências sociais & saúde coletiva*, vol. 8, n. 1, 2003, p. 137-150.
- GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Trad. Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006.
- ISHITANI, Laurice Harumi; FRANCO, Glaura da Conceição; PERPÉTUO, Ignez Helena Oliva; FRANÇA, Elisabeth. Desigualdade social e mortalidade precoce por doenças cardiovasculares no Brasil. *Revista Saúde Pública*, vol. 40, n. 4, 2006, p. 684-691.
- LAZZARI, João Batista. Benefícios por incapacidade: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente. In _____. *Curso modular de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 441-460.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazijo: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Trad. Juremir Machado da Silva. Barueri: Manole, 2005. _____. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- MARCELINO, Miguel Abud. Avaliação social e médico-pericial para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social – BPC. In SAVARIS, José Antonio. *Curso de perícia judicial previdenciária*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 415-452.
- NOGUEIRA, Roberto Passos. A segunda crítica social da saúde de Ivan Illich. *Interface*, vol. 7, n. 12, 2003, p. 185-190.
- ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.
- QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*. Coimbra: Almedina, 2001.
- ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*. Brasília: Ed. UnB, 1997.

- SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. In VIVARTA, Veet (coord.). *Mídia e deficiência*. Brasília: Andi/Fundação Banco do Brasil, 2003, p. 160-165.
- SAVIAN FILHO, Juvenal. O conceito de deficiência: enfoque filosófico. In MORENO, Leda Virgínia Alves; ROSITO, Margarete May Berkenbrock (org.). *O sujeito na educação e saúde: desafios na contemporaneidade*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 247-272.
- SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2005.
- SEGRE, Marcos; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública USP*, vol. 31, n. 5, 1997, p. 538-542.
- SQUINCA, Flávia. O debate sobre deficiência e cuidado como desafio para as teorias de justiça. *Revista de Estudos Universitários*, vol. 34, n. 1, p. 57-69. _____. Deficiência e AIDS: o Judiciário e o benefício de prestação continuada. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2007, 72p.
- STEPKE, Fernando Lolas. *Muito além do corpo: a construção narrativa da saúde*. Trad. Thiago Gambi. São Paulo: Loyola, 2006.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



A TORMENTOSA TAREFA DO HOSPITAL EM PROTEGER O SIGILO DO PRONTUÁRIO DO PACIENTE

JOSENIR TEIXEIRA



Advogado • Mestre em Direito pela FADISP • Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIFMU/SP • Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP) • Pós-Graduado em Direito do Trabalho pelo Centro de Extensão Universitária (CEU/SP) e em Direito do Terceiro Setor pela FGV/SP • Vicepresidente do IBATS – Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor • Fundador e editor da RDTS – Revista de Direito do Terceiro Setor • Membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP • Professor do curso de Direito do Terceiro Setor da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP • Foi professor do curso de Pós-Graduação em Administração Hospitalar e Negócios da Saúde da UNISA (SP) • Autor dos livros *Prontuário do Paciente: Aspectos Jurídicos e Assuntos Hospitalares na Visão Jurídica* (www.abeditora.com.br), *Opiniões e O Terceiro Setor em Perspectiva: da estrutura à função social* (www.editoraforum.com.br) • Articulista da revista www.noticiashospitales.com.br (www.jteixeira.com.br).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de Prontuário do Paciente. 3. Funções. 4. Elementos integrantes. 5. O sigilo. 5.1. A legislação. 5.2. A proteção do sigilo em assuntos distintos do prontuário do paciente. 5.2.1. Sigilo de dados cadastrais e de terceiros. 5.2.2. Sigilo de dados bancários. 5.2.3. Sigilo de inquérito policial, inclusive de advogados. 5.2.4. Sigilo de anotações na Carteira de Trabalho. 6. A proteção judicial do sigilo das informações do prontuário do paciente. 6.1. O sigilo do prontuário do paciente falecido. 7. A quebra indiscriminada do sigilo do prontuário do paciente. 8. A indevida relativização do acesso ao sigilo contido no prontuário do paciente. 9. Conclusão.

RESUMO: Os gestores de hospitais travam batalha com autoridades e familiares de pacientes no que diz respeito à manutenção em sigilo das informações constantes do prontuário daqueles. Ameaças de prisão e inquéritos policiais para apuração de crime de desobediência são apenas algumas circunstâncias que os gestores enfrentam nessa guerra diuturna, em que autoridades cometem abuso de poder ao darem ordens que não encontram respaldo jurídico na Constituição Federal. É sobre as consequências de tais posturas dos gestores, a ordem constitucional de manutenção do sigilo dos prontuários dos pacientes e esse contexto que este artigo trata, além de trazer argumentos jurídicos que podem auxiliar os envolvidos a cumprir as leis inerentes ao assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Prontuário. Paciente. Sigilo. Segredo profissional. Proteção. Constituição Federal. Hospital. Médico.

1. INTRODUÇÃO

É enorme o assédio de pessoas que buscam cópia de prontuários nos hospitais. Familiares dos pacientes interessados em receber pensão governamental ou comprovar paternidade, seguradoras que querem informações complementares para decidir se pagam prêmios contratados, autarquias¹, órgãos públicos², autoridades³, empregadores e o próprio paciente solicitam cópia do prontuário daqueles que foram atendidos no hospital, ou relatórios médicos, que nada mais são do que o resumo daquele documento e que inva-

1. O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.931/09 que prevê: Capítulo X - Documentos Médicos - É vedado ao médico: [...] Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

2. Como, por exemplo, o IML – Instituto Médico Legal, o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, os Conselhos Tutelares do Idoso e da Criança, etc.

3. Delegados de Polícia, promotores de Justiça, juízes de Direito, etc.

riavelmente contêm as informações essenciais, justamente aquelas que devem ser protegidas pelo estabelecimento e pelos profissionais de saúde.^{4 e 5}

O hospital, a partir da interpretação e cumprimento da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, especialmente resoluções e pareceres dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, restringe o acesso e a entrega de cópias dos prontuários dos pacientes a quem o ordenamento jurídico proibiu⁶. Não se discute o assunto quando quem solicitou a cópia do prontuário foi o próprio paciente^{7, 8 e 9}, pois o interesse em jogo é exclusiva e subjetivamente seu.

O problema surge quando o interessado na obtenção da cópia do prontuário do paciente é um terceiro¹⁰ ou na hipótese de o paciente vir a óbito.

Outra controvérsia aparece quando os pedidos de cópias dos prontuários não são atendidos pelo hospital, principalmente quando a negativa se dirige a autoridades, que não se conformam com essa postura do estabelecimento de saúde e ameaçam os seus dirigentes com a abertura de inquérito policial pela prática do crime de desobediência e até mesmo estabelecem a cominação de multa financeira diária pelo prazo que durar o descumprimento da ordem.

Pretende este artigo cooperar com a discussão jurídica acerca da legalidade

4. Resoluções CFM nº 1.819/07 e 1.976/11 – “[...] CONSIDERANDO que as informações oriundas da relação médico-paciente pertencem ao paciente, sendo o médico apenas o seu fiel depositário; [...] Art. 1º. Vedar ao médico o preenchimento, nas guias de consulta e solicitação de exames das operadoras de planos de saúde, dos campos referentes à Classificação Internacional de Doenças (CID) e tempo de doença concomitantemente com qualquer outro tipo de identificação do paciente ou qualquer outra informação sobre diagnóstico, haja vista que o sigilo na relação médico-paciente é um direito inalienável do paciente, cabendo ao médico a sua proteção e guarda. Parágrafo único. Excetua-se desta proibição os casos previstos em lei.”

5. Resolução CFM nº 1.931/09 (Código de Ética Médica) – “Art. 87. [...] § 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.”

6. Este assunto foi abordado com detalhes no livro escrito pelo autor deste artigo: TEIXEIRA, Josenir. *Prontuário do Paciente – Aspectos Jurídicos*. Goiânia: AB Editora, 2008.

7. Resoluções CFM nº 1.605/00 (art. 1º) e nº 1.833/08 (art. 5º).

8. Resolução CFM nº 1.931/09 (Código de Ética Médica) – “É vedado ao médico: Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros. Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa. [...]”

9. Superior Tribunal de Justiça, recurso em Mandado de Segurança nº 5.821-2, relator ministro Adhemar Maciel, julgamento em 15 de agosto de 1995. “Administrativo. Mandado de Segurança. Quebra de sigilo profissional. Exibição judicial de ficha clínica a pedido da própria paciente. Possibilidade, uma vez que o art. 102 do Código de Ética Médica, em sua parte final, ressalva a autorização. O sigilo é mais para proteger o paciente do que o próprio médico. Recurso ordinário não conhecido.”

10. Superior Tribunal de Justiça, recurso em Mandado de Segurança nº 5.821-2, relator ministro Adhemar Maciel, julgamento em 15 de agosto de 1995. Voto-vogal. Consta do acórdão: “É evidente, o segredo visa a impedir que terceiros tomem conhecimento de interesse reservado de pessoas.”

da postura dos hospitais em proteger o sigilo das informações íntimas e pessoais contidas nos prontuários dos pacientes e não disponibilizá-las a terceiros, mesmo que, para isso, tenham que enfrentar desgastes e processos judiciais cíveis e criminais.

2. CONCEITO DE PRONTUÁRIO DO PACIENTE

É o Conselho Federal de Medicina¹¹ (CFM) que conceitua o prontuário do paciente, o que faz por meio da Resolução n° 1.638/02, donde se extraem importantes nortes para o entendimento da complexidade do tratamento a ser dado a este documento.

Prevê referida Resolução que o prontuário do paciente é o documento¹² único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.¹³

3. FUNÇÕES

O prontuário do paciente possui várias funções¹⁴. Citamos aqui as mais importantes, sem prejuízo de outras:

- a) **assistência ao paciente:** ele é absolutamente necessário para a continuidade do atendimento e tratamento do paciente, para constatar a

11. Autarquia federal criada pela Lei n° 3.268/57 e regulamentada pelo Decreto n° 44.045/58.

12. Documento – segundo Hungria – “é todo escrito de que resulte a prova de fato juridicamente relevante, tenha ou não caráter econômico. Documento, enfim, é qualquer escrito, instrumento ou papel.” BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 641.

13. Resolução CFM n° 1.638/02 (art. 1°).

14. Vejam-se os “considerandos” da Resolução CFM n° 1.638/02.

efetiva (ou não) realização de procedimentos^{15, 16 e 17} e aferir a qualidade com que os serviços profissionais são realizados.

- b) **ganho de tempo:** estando todas as informações do paciente num só documento (como manda a Resolução do CFM) não haverá necessidade de buscá-las em outros locais, o que representará economia de tempo na assistência ao doente.
- c) **apoio diagnóstico:** com base nas anotações dos profissionais multidisciplinares que atendem o paciente eles poderão compreender com

15. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 836.205-0/5, relator desembargador Celso Pimentel, julgamento em 12.07.05. “Indenização Securitária - 1. Se não há prova de que o segurado agiu de má-fé ao contratar o seguro, isto é, de que se omitiu sobre doença de que em tempo algum fora indagado, não há omissão e não se justifica, por isso, a alegação de mal preexistente para a recusa à indenização - 2. Erro médico não se afirma assim, sem mais nem menos - Reconhecimento de imperícia no perfurar vaso quando da introdução de intracate pressupõe conhecer todos os aspectos do procedimento, com destaque para as condições do paciente, no caso, vítima de AIDS há meses além de quatro anos antes da morte, cujo prontuário hospitalar revela passagens pela unidade de terapia intensiva - 3. Quando a “apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador” (Código Civil de 1916, art. 1.460), regra que não se atingiu por nenhum preceito do Código de Defesa do Consumidor - 4. Intercorrência de tratamento clínico da grave doença da segurada exclui-se da cobertura, se assim dispõe a apólice.”

16. Superior Tribunal de Justiça, recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2.314/PR, relator ministro Assis Toledo, julgamento em 28.10.1992. “Médico. Responsabilidade Penal. Homicídio Culposo. Denúncia que descreve a morte de paciente, sob cuidados médicos, resultante de imprudência e imperícia na administração de drogas contraindicadas para pessoas com histórico de sensibilidade. Crime in teso. Alegação de ausência de prova da materialidade do delito, através de exame pericial idôneo. Improcedência dessa alegação, já que se cumpriu a exigência do art. 158 do CPP e, embora não conclusivo, admite o laudo oficial, como uma das possíveis causas da morte, o emprego de drogas, com o objetivo de tratamento, conforme registro no prontuário médico.”

17. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 27.781/SP, relator ministro Gilson Dipp, julgamento em 02.09.2004. “Criminal. Atentado violento ao pudor. Corrupção de menor. Art. 241 do ECA. Cerceamento de defesa. Acareação. Oitiva de testemunhas dispensadas pelo Ministério Público. Supressão de instância. (...) VI. É descabida a apontada ofensa ao direito de defesa do paciente, pelos reiterados indeferimentos dos pedidos de vista, reservadamente e com seus advogados, das fitas cujo conteúdo seria a prova material dos crimes a ele imputados, se evidenciado o deferimento de acesso a tal material, desde que o réu providenciasse cópias dos vídeos junto ao Instituto de Criminalística, às suas expensas. VII. Inércia da defesa quanto à reprodução das fitas, tendo insistido na entrega dos originais. VIII. Não se pode arguir nulidade a que se deu causa. Inteligência do art. 565 do CPP. IX. O risco de destruição ou de desaparecimento das fitas originais, principal prova do processo-crime, justifica a cautela do Juiz singular de possibilitar o acesso ao material probatório à defesa por meio de cópia, o que não causaria qualquer obstáculo à pretendida análise reservada dos vídeos, tampouco ao confronto das imagens com os prontuários médicos. X. A complementação de laudo pericial a partir da remoção dos invólucros das fitas é inviável, pois certamente redundaria na perda da prova ou sua danificação seria tamanha que levaria anos para obter a reconstrução, em flagrante conflito com o interesse estatal relativo ao jus puniendi. No mesmo sentido: STJ, RHC 13.626/SP”

maior gama de informações a evolução do seu quadro clínico, o que lhes dará maior segurança no estabelecimento do diagnóstico e da terapêutica a ser empregada.

- d) **estatística:** é o prontuário do paciente a base para a coleta das informações que a área administrativa dos estabelecimentos de saúde entender necessárias para interpretar todos os dados que permitam completo domínio das atividades desenvolvidas.
- e) **cobrança:** é naquele documento que serão escritos todos os medicamentos ministrados, despesas incorridas¹⁸, equipamentos e procedimentos utilizados pelo paciente, o que servirá de base para os setores de faturamento, contabilidade e auditoria.¹⁹
- f) **defesa:** esta é uma das funções mais importantes (senão a mais) do prontuário do paciente. Será com base neste documento que os profissionais e os estabelecimentos de saúde serão julgados quando questionados por eventual “erro” na prática da Medicina (ou outras atividades) ou por algum resultado atípico ou indesejado²⁰. Somente o prontuário bem feito terá a eficácia de comprovar a regularidade dos

18. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 784.446, relator ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), julgamento em 18.09.2008. “Processual Civil. Apuração do quantum devido. Apreciação de documentos que se encontram em poder da agravada. Enunciados 5 e 7 da Súmula do STJ. 1. Verificar se a conduta da recorrente de reter os pagamentos estaria ou não amparada em valores constantes de prontuários médicos que se encontram em posse da agravada implicaria no revolvimento de matéria fático-probatória, obstado em sede de recurso especial por incidência dos enunciados 5 e 7 da Súmula do STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

19. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível nº 01.003065-4, relator desembargador Carlos Prudêncio, julgamento em 27.03.2001. “Ação Monitoria. Ficha de internamento hospitalar. Prova escrita. (...) É hábil a ensejar a ação monitoria ficha de internamento hospitalar devidamente preenchida com os dados do paciente e seu responsável legal, bem como com a relação dos serviços efetuados pelo nosocômio, por tratar-se de documento que, mesmo sem a firma do devedor, consigna um valor certo e gera a presunção da existência de um possível débito do acionado, oriundo de internamento para procedimentos cirúrgicos, ainda mais se, nos embargos interpostos, o devedor limita-se a questionar a excessividade do valor pleiteado e a impropriedade do documento embasador do pedido injuntivo, ou seja, não nega a prestação dos serviços.”

20. Cristiano Fernando Rosas, ex-Conselheiro do CREMESP (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo) assim se manifestou: “Infelizmente, alguns colegas médicos se esquecem que o prontuário é uma valiosa peça de defesa legal. Inúmeros são os processos disciplinares em que a ausência de prontuários ou o seu preenchimento incompleto e parcial – como, por exemplo, a inadequada descrição cirúrgica, ou a falta de anotações relevantes nas folhas de observação clínica que justifiquem determinadas condutas médicas – coloca muitas vezes o profissional médico em situação precária perante este tribunal, inviabilizando a sua defesa.” *Revista Ética Médica*, CREMESP, 1988, p. 144/150.

serviços realizados e disponibilizados aos pacientes. Prontuários mal feitos ou adulterados²¹ servirão para punir profissionais e estabelecimentos de saúde que não cumprem suas obrigações a contento. O prontuário do paciente será utilizado em questionamentos judiciais (ação civil de indenização e penal) e administrativos (inquérito policial, processo disciplinar nos Conselhos de Classe, etc.).

- g) **pesquisas científicas e ensino:** é com base nas informações constantes do prontuário que profissionais da saúde colherão informações técnicas que servirão de estudos que constituirão a base do progresso científico e de descobertas.
- h) **informações epidemiológicas:** o prontuário do paciente é vital para a colheita de informações acerca do controle de epidemias que possam atingir a sociedade, que será a única perdedora quando aquele documento for mal feito.
- i) **eficiência dos profissionais:** a competência, deficiência ou eficiência do trabalho dos profissionais multidisciplinares de saúde que atendem o paciente serão estimadas com base no prontuário, que deverá registrar todos os cuidados a ele ministrados.
- j) **meio de comunicação:** os profissionais multidisciplinares que atendem o paciente devem se comunicar²² por meio do prontuário, que é o único documento que deverá concentrar todas as informações técnicas relativas a ele, de modo a propiciar ao profissional o entendimento do quadro clínico de forma rápida, precisa e completa.

21. Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n° 420.317-4/4-00, relator desembargador Donegá Morandini, julgamento em 30.05.06. "Ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra hospital – Imposição de pagamento mensal de dois salários mínimos para custeio de tratamento – Lesões apresentadas pela paciente após ter recebido atendimento nas dependências da agravante – Constatada, ademais, violação do prontuário da autora – Inquestionável necessidade do tratamento."

22. O Dr. Simônides Bacelar foi perguntado: "Os prontuários médicos também revelam erros de comunicação?" Respondeu ele: "Em alguns casos, as descrições cirúrgicas e outras anotações nos prontuários são insuficientes para o completo esclarecimento de quem as lê. Frequentemente, o médico prefere conversar com o colega que cuidou anteriormente do doente, pois o escrito no prontuário está extremamente sintético, com excesso de siglas e nomes com significados vagos. Assim, muito teria de ser subentendido ou mesmo suposto. Uma interpretação errônea pode criar condutas imperfeitas. Muitos não sabem o que poderia significar, por exemplo, 'paciente com #s na perna esquerda'. Obscuridades, ambiguidades, estrangeirismos, omissões, enganos, siglas e gírias podem induzir um médico a diagnósticos imprecisos e imperfeições no tratamento." *In Jornal do Cremesp*. A palavra mais certa. Setembro 2006, p. 3.

- k) **elaboração de relatórios e atestados:** a confecção do prontuário do paciente da forma determinada pelas normas legais permitirá a qualquer profissional da saúde a elaboração de documentos que digam respeito ao estado clínico do paciente sem nenhuma dificuldade, a princípio.

4. ELEMENTOS INTEGRANTES

São elementos integrantes do prontuário do paciente os itens abaixo relacionados, dentre outros inominados que contenham informações que digam respeito ao doente: a) ficha de anamnese;²³ b) exames físico e clínico; c) histórico, registros, diagnóstico, prescrição, ocorrências, evolução, anotação e relatório da assistência do pessoal de enfermagem;²⁴ d) ficha de evolução do estado de saúde do paciente; e) ficha de prescrição terapêutica; f) ficha de registro de resultados de exames laboratoriais, complementares e de outros métodos diagnósticos auxiliares;²⁵ g) relatórios de anestésias e cirurgias; h) lâminas e laudos cito-histopatológicos ou anatomopatológicos;²⁶ i) cópias de atestados e de solicitação de exames; j) radiografias.²⁷

Sobre sua importância prática e imprescindibilidade como documento de atendimento médico-hospitalar e que traduz a atenção dispensada ao paciente, não restam dúvidas que “o prontuário médico [do paciente] constitui meio de prova idôneo para instruir processos disciplinares e/ou judiciais.”²⁸

Entretanto, infelizmente, tal documento não é assim entendido ou tratado. Não é de hoje que cursos e seminários sobre o assunto são realizados visando conscientizar os profissionais da saúde sobre a importância do prontuário do paciente e também não é de hoje que vemos inúmeras condenações judiciais e administrativas justamente por causa da precariedade de informações que de tal documento constam.

Pululam artigos orientativos sobre o assunto, mas, por diversos fatores, os profissionais aos quais eles são direcionados sequer deles sabem.

23. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 372.579-4/5, relator desembargador Caetano Lagrasta, julgamento em 05.09.2007. Dano moral. Erro médico. Anotação no prontuário tratar-se de paciente alcoolizado. Nexo de causalidade não evidenciado entre o fato e o resultado, inclusive quanto à vida da vítima levada a óbito. Indenização indevida. [...] Trata-se de ação de indenização por dano moral movida por [...] em face de [...], médico, por ter este anotado no prontuário do seu pai, sem qualquer exame, tratar-se de paciente que estava alcoolizado no momento do acidente que o levou a óbito, maculando sua honra e causando danos à sua família. [...]”

24. Resolução COFEN (Conselho Federal de Enfermagem) nº 272/02.

25. Processo Consulta CFM nº 2.969/89.

26. Resolução CFM nº 1.472/97.

27. “Radiografia é um documento particular e pertencente ao paciente.” Consulta CREMESP nº 14.730/86.

28. Resolução CREMESP nº 70/95.

Médicos²⁹ da Universidade de Brasília constataram a precariedade de preenchimento do prontuário do paciente e afirmaram:

Apesar de sua reconhecida utilidade e ampla utilização no âmbito biomédico, os prontuários dos pacientes trazem, de ordinário, muitas falhas de preenchimento. Apresentam-se, neste relato, erros e dúvidas habituais em seu uso, relacionados a dados incompletos, incorreções gramaticais, ilegibilidade, prescrição sem exame do paciente, prescrição por telefone, falta de laudos, cessão de laudos e radiografias aos pacientes, atendimento sem prontuário, falta de carimbo, empréstimos de prontuário, relato de casos de crimes, abandono ou recusa de tratamento, transferência de pacientes, autorização para tratamentos, relatório de óbitos. Tendo em vista a importância do prontuário e o grande número de irregularidades em seu uso, conclui-se ser necessário que suas normas sejam fartamente divulgadas nas instituições biomédicas por meio de educação contínua, sobretudo nos hospitais-escola.³⁰

A consequência da não elaboração do prontuário do paciente da forma completa determinada pela legislação é a provável condenação judicial tanto dos profissionais quanto dos estabelecimentos de saúde, quando constatada alguma não conformidade no atendimento, como exemplifica a seguinte decisão:

Responsabilidade civil. Erro médico. Atendimento em instituição privada. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Consumidor. Hospital apelante que, por seu preposto, não diagnosticou a ruptura do tendão patelar direito do apelado decorrente de acidente. Fato que levou o consumidor a se submeter a doloroso tratamento inapropriado à sua patologia (aplicação de infiltração com gessamento e uso de anti-inflamatório), situação posteriormente constatada em outro médico, que, inclusive, indicou imediata intervenção cirúrgica. Relação de consumo que impõe a responsabilidade objetiva do apelante. Inteligência do art. 14 do CDC. Fato do serviço. Aferição do dano e do nexa causal que defluem irrefutáveis da prova dos autos. Prontuários médicos preenchidos com redação lacunosa e letra ilegível, fato constatado, inclusive na perícia médica realizada, o que denota grave desorganização administrativa, descaso e negligência com o consumidor. Danos morais, que à vista do ocorrido, senão aquém do devido, mostram-se razoáveis e proporcionais. Sentença que se mantém.³¹

29. Simônides Bacelar (médico assistente, professor voluntário, Centro de Pediatria Cirúrgica, Comissão de Revisão de Prontuário, Hospital Universitário da UnB), Wanderley Macedo de Almeida (médico-cirurgião, Hospital de Base do Distrito Federal) e Glória Maria Andrade (professora assistente, pediatria, Hospital Universitário da UnB)

30. "Falhas e dúvidas comuns no uso do Prontuário Médico do paciente" in *Brasília Med* 2002; 39(1/4): 42-51.

31. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n° 2006.001.54835, relatora desembargadora Cristina Tereza Gaulia.

Destacamos o seguinte trecho da decisão judicial acima mencionada para ressaltar o quão importante é a elaboração adequada do prontuário do paciente para que se possa dar subsídios à autoridade que for analisar determinada situação e permitir que ela entenda a cronologia e os atendimentos realizados. Afirmou a desembargadora relatora do caso:

Não existe notícia nos autos da lesão de malar diagnosticada pela emergência do Hospital Albert, e nem tampouco dos procedimentos do SASE, já que o preenchimento dos prontuários médicos, conforme fls. 166/170, pouco relatam acerca dos atendimentos prestados pelo médico do apelante, apresentando-se, outrossim, com letra ilegível e redação lacunosa, fato que foi constatado, inclusive, pelo perito médico do Juízo às fls. 178/185, trechos que se transcrevem:

“CONCLUSÃO – (...) A crítica ao serviço médico AME, SASE, situa-se no prontuário trazido aos autos que não permite identificar nada, não sendo possível com ele qualquer esclarecimento sobre a queixa do paciente, sobre o exame clínico, sobre a solicitação dos exames complementares, sobre a formulação da hipótese diagnóstica mais provável e sobre o tratamento.” (cf. fls. 181/182)

Sublinhe-se que prontuários médicos servem para relatar em detalhe o histórico de atendimento do paciente, seus sintomas, aspectos físicos, reações, queixas, diagnóstico, exames requeridos, tratamentos ministrados, etc., donde não se nega serem instrumento imprescindível ao acompanhamento da evolução do quadro clínico e tratamento sistemático, ainda que seja necessária a passagem do paciente por diversos centros de tratamento, pelo que se constituiu grave falha administrativa, denotadora de descaso e negligência com o consumidor, a falta de informações acerca do atendimento prestado ao mesmo.

Ainda sobre a consequência e os riscos decorrentes da má elaboração dos prontuários dos pacientes, ilustramos o assunto com as seguintes decisões judiciais:

Do contexto probatório releva notar que se ressentem os autos do prontuário médico pertinente ao ato cirúrgico, de forma a registrar o que efetivamente ocorreu no transcurso do ato operatório. Com razão a procuradora da autora às fls. 281, quando, analisando a prova pericial, anota que o perito se baseou para responder que a lesão aórtica não decorreu de possível erro médico, por informações colhidas dos prontuários, quando inexistente o prontuário da menor relativamente ao que sucedeu no curso da cirurgia. Com efeito, apenas um relatório, assinado pelo Diretor do HIJG - fls. 28 - datado de quase um ano após a cirurgia, ou em 20.5.91, aflorou nos autos, anotando que no ato operatório houve lesão aórtica que necessitou tempo aumentado de clampamento para sua correção.

Na verdade, os autos acusam apenas fichas clínicas da menor - entre os dias 9.7.90 a 31.7.90 e dos dias 1º e 2 de agosto de 1990.

(...)

Fazia-se imperioso que do prontuário da paciente-autora constasse o relatório médico esclarecendo o realmente sucedido no curso da cirurgia, de que resultou lesão da aorta e as sequelas decorrentes da sua correção, pois o seu camplamento “inadequado por um período além do necessário pode determinar lesões orgânicas” (depoimento supra).

A par dessa deficiência de dados no prontuário da paciente-autora, a dificultar sobremaneira a defesa da instituição apelada, o alegado no parecer último de que o acidente cirúrgico de que tratam os autos, mesmo previsível era inevitável, não é de molde a afastar a responsabilidade da recorrida.³²

O prontuário é um documento de suma importância no relacionamento paciente/médico, mas infelizmente o mesmo não apareceu nos autos, quer porque foi rasgado, quer porque foi extraviado.

Sobre a importância do prontuário, traz-se entendimento do Professor de cirurgia vascular da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Irany Novah Moraes, *in Erro Médico*, Maltese, pág. 107:

Graças aos prontuários, os médicos podem provar que seus cuidados foram aprimorados e que as medidas tomadas eram adequadas ao quadro clínico que o paciente apresentava naquele momento. Mas se nada constar, o médico perde a possibilidade de poder comprovar o que realmente fez e, nesse caso, a alegação do paciente passa a ter maior validade do que a memória do médico que, na oportunidade certa, não registrou o fato no lugar adequado.

No caso vertente, o requerido esqueceu-se de registrar as ocorrências no prontuário médico do autor, mas a representante legal deste está lembrada de numerosos elementos fáticos que nortearam o processado. Em que pese o conteúdo da contestação, a realidade fática demonstra que o requerente, em decorrência de culpa do requerido, encontra-se acometido de paralisia cerebral, anímico, sem auto-locomção e necessitando de auxílio permanente até para as suas necessidades bio-fisiológicas mais básicas, incapacitado para quaisquer atos da vida civil. Essa foi a alta médica que o autor recebeu após o término do pós-anestesia necessário à operação cirúrgica de fimose. (...) ³³

Dano moral - Indenização - Situação de urgência - Demora excessiva no atendimento - Paciente no corredor de hospital que sofreu aborto espontâneo após espera de, aproximadamente, 4 horas - Feto que permaneceu ‘pendurado’ na autora sem que lhe fosse prestado socorro - Notícia de

32. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 99.013579-9, Relator Desembargador Alcides Aguiar, julgamento em 31.08.2000.

33. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n° 02.015700-2, relator desembargador Monteiro Rocha, julgamento em 29.04.2004.

que o feto foi colocado em um saco plástico na frente da paciente, após o abortamento - Falta de informação aos familiares ou mesmo à paciente quanto ao seu real estado clínico e sobre os procedimentos adotados - Apesar de abalada emocionalmente foi a própria autora quem solicitou que viessem buscá-la no nosocômio - Ausência de lançamentos no prontuário médico - Falha no serviço caracterizada - Laudo pericial que, no entanto, não apontou nenhuma conduta dos médicos do hospital como causadora da morte do feto - Desnecessidade de intervenções cirúrgicas posteriores - Sofrimento imposto totalmente desnecessário - Aplicação do art. 14 do CDC - Dano moral reconhecido - Indenização fixada em valor equivalente a 1.000 (um) mil salários mínimos, à época do fato - Redução, porém, da verba indenizatória para o montante equivalente a 100 salários mínimos - Mantida determinação de expedição de ofícios ao Ministério Público para apuração de eventual crime de falso testemunho - Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.³⁴

Quando o prontuário do paciente é elaborado da forma completa e cuidadosa preconizada pela legislação e possibilita a constatação dos serviços que foram prestados pela equipe multidisciplinar, ele proporciona a defesa das pessoas e dos estabelecimentos de saúde envolvidos de forma efetiva e contribui para a absolvição de quem está sendo acusado indevidamente. Exemplifica-se esta afirmativa com a decisão judicial abaixo, que se baseou no conteúdo de tal documento para absolver médico da acusação de homicídio culposo. Eis alguns trechos da decisão:

Homicídio culposo - Erro médico - Inocorrência de violação do dever de cuidado - Médico que, após realizar os exames necessários, prescrever a medicação correta, indicar a terapêutica e avaliar o paciente, concedeu-lhe alta para que seguisse o tratamento em casa - Ausência de negligência no desempenho da atividade - Inexistência, ademais, denexo causal entre a conduta do profissional e o resultado lesivo - Absolvição mantida - Recurso desprovido.

[...]

Em 31.08.94, o exame foi realizado, confirmando-se o diagnóstico do Dr. Rajá Elias, qual seja, o de “Púrpura Trombocitopênica Idiopática” (TPI). Com o resultado em mãos, o Recorrido conversou com os pais da Vítima, apontando a medicação adequada e a forma de tratamento - prontuário médico à fl. 20 verso.

[...]

A materialidade do crime restou evidenciada através do prontuário médico, que indicou o óbito da Vítima às 21h do dia 01.09.94 (fl. 22 verso).

[...]

In casu, conforme consta no prontuário de fl. 20, foram realizados os exames laboratoriais de hemograma, TAP (tempo de ativação da protrombina), KPTT (para verificação do tempo de coagulação) e tempo de coagulação.

34. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível nº 524.141-4/9-00, relator desembargador Elcio Trujillo, julgamento em 28.12.2007.

No centro cirúrgico do Hospital Regional de Chapecó, o Acusado efetuou o exame mielograma (fls. 20/21). Logo, quanto ao diagnóstico, não se vislumbra qualquer violação do dever de cuidado por parte do Apelado.

[...]

Por outro lado, o prontuário de fl. 20, a ficha de enfermagem de fl. 21 e o depoimento prestado pelo Dr. Rajá Elias (fls. 181 verso/182) evidenciam que o estado geral da Vítima era bom até o momento da alta, na manhã do dia 01.09.94, e, como bem salientou o Magistrado de origem, o paciente vinha reagindo bem à terapêutica aplicada, tanto que o número de plaquetas já havia subido de 5.000 para 10.000 por mm³, aproximadamente, em menos de 48 horas.

[...]

Destarte, não prospera a assertiva do Ministério Público de que o Acusado errou na avaliação do estado clínico do Ofendido ou de que realizou atendimento superficial a ele, já que inclusive foi o Médico que pessoalmente efetuou o exame “Mielograma” em Guilherme, indo em seguida ao quarto onde estava ele e seus pais, para explicar sobre a doença e sua terapêutica - conforme demonstra o prontuário à fl. 20 verso.³⁵

O prontuário do paciente bem elaborado serve para levar pessoas a julgamento, pois se constitui em fonte para se buscar informações relativas a crime praticado, conforme se observa da seguinte decisão:

Tentativa de homicídio. Pronúncia. Corpo de delito. Desclassificação.

(1) Nos crimes materiais, o prontuário médico aliado à prova testemunhal supre a ausência do corpo de delito. Inteligência dos arts. 158 e 167 do CPP. 2) Na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, o juiz somente deverá desclassificar o crime, cuja denúncia foi recebida como sendo doloso contra a vida, diante da cristalina certeza quanto à ocorrência de outro diverso daqueles previstos no art. 74, § 1.º, do CPP. (3) Existindo dúvida acerca da intenção do agente no momento da prática do crime em tese cometido (*animus necandi*), impõe-se sua pronúncia por constituir mero juízo de admissibilidade da acusação, aplicando-se, nesta etapa processual, o princípio *in dubio pro societate*, de modo a reservar ao Conselho de Sentença, mercê de sua constitucional competência, o julgamento da causa.

(...)

No tocante a inexistir nos autos laudo de lesões corporais, que poderia ensejar o provimento do recurso com a impronúncia do recorrente pela não-comprovação da existência do crime que lhe foi imputado (CPP, art. 409) e não a pretendida nulidade da decisão de pronúncia recorrida, o prontuário médico de fls. 31/39 demonstra que, no dia dos fatos, a vítima foi submetida a cirurgia, enquanto ele próprio confessou, em seus interrogatórios, ter com ela se engalfinhado em briga (fls. 07 e 88), tudo corroborado pelos depoimentos testemunhais de fls. 19, 20, 102 e 104. Isso basta para atestar,

35. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal nº 2003.030496-7, relator juiz José Carlos Carstens Köhler, julgamento em 31.08.2004.

de forma indireta, a materialidade delitiva, consoante admitem, por interpretação sistemática, os arts. 158 e 167 do CPP.³⁶

5. O SIGILO

A presidente Dilma Rousseff estava de olhos fechados e vestia blazer vermelho com riscas de giz pretas quando posou para a foto que ilustrou a edição da revista *Época* de 30 de maio de 2011. É a manchete da capa: *A saúde de Dilma. Época teve acesso a exames, listas de remédios e relatos médicos. Por que seu estado ainda exige atenção.*³⁷

Ao longo de seis páginas, a revista escarafunchou todos os males que affligiam a paciente Dilma, inclusive com a utilização de foto de corpo inteiro que destacava as partes onde ela tinha ou havia tido problemas. O título deste quadro ilustrativo é: *O prontuário da presidente – um perfil médico de Dilma*. Esta mesma página 63 da revista trouxe a lista dos principais remédios que ela utilizava, dos 28 que consumia.

A revista *Época* poderia escancarar as informações de caráter íntimo e pessoal do prontuário de uma paciente? Ainda mais (ou exatamente por isso) quando a paciente é a presidente da República? Se a paciente autorizou (e certamente isso aconteceu) não há nenhum problema nem qualquer repercussão jurídica, pois o sigilo diz respeito a ela, que pode tornar públicas as informações de seu estado clínico, como corriqueiramente fazem (ou fizeram) as autoridades, com destaque para o ex-presidente Lula e o ex-vice-presidente José Alencar.

É isso o que prevê o Código de Ética Médica.³⁸ Entretanto, se o paciente não autorizar por escrito a divulgação de suas intimidades, o estabelecimento de saúde, guardião³⁹ do prontuário do paciente, não poderá fazê-lo a terceiros, mesmo que o paciente tenha ido a óbito.⁴⁰

36. Tribunal de Justiça do Paraná, Recurso em Sentido Estrito n° 177.154-4, relator juiz convocado Xisto Pereira, julgamento em 17.04.2006.

37. *Revista Época*, editora Globo, ed. N° 680, p. 62 a 67.

38. Resolução CFM n° 1.931/09 – “Capítulo IX – Sigilo Profissional - É vedado ao médico: Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.”

39. Prevê a Resolução CFM n° 1.638/02: “CONSIDERANDO que compete à instituição de saúde e/ou ao médico o dever de guarda do prontuário, e que o mesmo deve estar disponível nos ambulatórios, nas enfermarias e nos serviços de emergência para permitir a continuidade do tratamento do paciente e documentar a atuação de cada profissional;” Vide, também, a Resolução CFM n° 1.821/07, especialmente seus artigos 6°, 7° e 8°.

40. Resolução CFM n° 1.931/09 – “Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na

O conceito de prontuário do paciente indica que o documento possui caráter sigiloso. E é justamente na interpretação desta característica que reside a problemática que os hospitais enfrentam no seu dia a dia no que diz respeito a extração de cópias de referido documento e sua disponibilização a terceiros, quando não há autorização expressa do paciente⁴¹ ou quando ele faleceu.

Existem situações em que o sigilo interessa ao próprio cidadão [ou paciente] para resguardar-lhe aspectos que lhe sejam caros, em relação aos quais a publicidade poderia ferir a sua intimidade.

As informações que o paciente passa ao profissional da saúde ou que este colhe diretamente são protegidas pelas disposições legais que integram o instituto do sigilo (ou segredo) profissional.

Consta do juramento de Hipócrates, feito pelos médicos ao se graduarem: “Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. [...]”

O Conselho Federal de Medicina “considera absolutamente abusiva a ação de autoridades policiais que, sem acionar o Judiciário, tentam pressionar médicos e parentes de pacientes a liberar prontuários. Tal fato continua a ocorrer em várias partes do Brasil e deve ser amplamente denunciado, para que ações sejam tomadas no sentido de impedir a existência e a continuidade dessa prática. Para o Conselho Federal de Medicina, todos os esforços para garantir o sigilo médico são absolutamente indispensáveis. E para o obtermos, adotaremos as ações necessárias e legalmente exequíveis.”⁴²

O ordenamento jurídico brasileiro é primoroso no que diz respeito a previsões legais acerca da proteção do direito fundamental da pessoa em ter seu sigilo inviolado.

Esta ordenação protege o sigilo das informações das pessoas nas suas diversas facetas e situações, que serão abaixo exploradas para se fazer comparativo com a proteção do sigilo do prontuário do paciente.

A manutenção do segredo profissional talvez seja o item mais importante e controvertido no que diz respeito ao trato jurídico do prontuário do paciente, o que produz intermináveis discussões.

investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal”

41. Resolução CFM nº 1.605/00: “Art. 3º - Na investigação da hipótese de cometimento de crime o médico está impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo criminal. Art. 4º - Se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento.”

42. Editorial do Jornal do Conselho Federal de Medicina de fevereiro de 2008, que tratou de “Privacidade, confidencialidade e sigilo” médico, p. 7.

Há decisões judiciais que consideram que o sigilo profissional não é absoluto⁴³ e que comporta exceções, o que será trazido à baila mais adiante como parte integrante da discussão deste complexo tema que ainda carece de decisões e posicionamentos objetivos e terminativos.

5.1 A LEGISLAÇÃO

Básica e fundamentalmente, a proteção das informações constantes do prontuário do paciente tem origem na Constituição Federal, que prevê:

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

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Antes da atual Constituição Federal Brasileira, que é de 1988, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, previu, no seu artigo 12: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Infraconstitucionalmente, diversas são as leis que protegem o sigilo profissional inerente ao conteúdo do prontuário do paciente e estabelecem sanções para o caso de sua quebra ou revelação.

Nesse sentido, prevê o Código Civil (Lei n. 10.406/02): “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Eis o que dispõe o Código Penal:

43. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.453-SP, relator ministro José Arnaldo da Fonseca, julgamento em 17 de junho de 2003. “Recurso em mandado de segurança. Administrativo e criminal. Requisição de prontuário. atendimento a cota ministerial. Investigação de “queda acidental”. Arts. 11, 102 e 105 do Código de Ética. Quebra de sigilo profissional. Não verificação. O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética. A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando apurar possível prática de crime contra a vida. Precedentes análogos. Recurso desprovido.”

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º. A - Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. [...]

Art. 154 - Revelar⁴⁴ alguém, sem justa causa^{45 e 46}, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo⁴⁷, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas

44. "Pela importância que certas relações encerram e a gravidade do dano ou prejuízo que a divulgação, *sem justa causa*, pode causar ao ofendido, o CP preferiu elevá-las à condição de crime. Essas atividades podem ser as exercidas por médicos, dentistas, advogados, engenheiros, sacerdotes, etc. (...) A conduta tipificada é *revelar*, que significa contar a alguém segredo profissional. *Revelar* tem uma abrangência mais restrita do que *divulgar*: aqui implica um número indeterminado de pessoas; lá é suficiente *alguém*." BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 647.

45. "A justa causa, que torna atípica a conduta, deve ser legal, isto é, deve encontrar fundamento direto ou indireto em norma jurídica. Nosso Código Penal filia-se à orientação que dá proteção absoluta ao segredo profissional. Advogado, por exemplo, que revela segredo de seu cliente à parte contrária, em prejuízo daquele, pratica crime de patrocínio infiel (art. 355). A violação de sigilo profissional (advogado, médico etc.) também constitui falta ético-administrativa." BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 648.

46. "A nosso juízo, a denunciação de crime não constitui justa causa para a revelação de segredo, contrariamente ao que pensava Heleno Cláudio Fragoso [...]" BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 650.

47. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Reexame necessário criminal nº 2297436.2009.4013400-DF (2009.34.00.023105-1), relatora desembargadora Federal Assusete Magalhães, julgamento em 04.05.2010. "Comentando o referido dispositivo legal [art. 325, Código Penal], Guilherme de Souza Nucci, in Código Penal Comentado, 9ª edição, p. 1.088, leciona: 'Segredo. É o que deve ser mantido em sigilo, sem qualquer divulgação. Se o funcionário conta o fato sigiloso a quem dele já possuiu conhecimento, não se consuma a infração penal. Por outro lado, quando, em nome do interesse público, houve necessidade da revelação do fato – para apuração de um crime mais grave que está sendo encoberto, por exemplo – cremos não configurar o crime'."

a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;
 II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41) indica como ilegal a seguinte prática, que permeia o assunto segredo profissional e abre exceções à sua manutenção:

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:

I – crime de ação civil pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal.

Pena – multa.

Sobre esse tema, o magistrado Jurandir Sebastião assim se manifestou:

Neste caso, o fato (crime) do qual o médico teve conhecimento pelo exercício da Medicina há de estar caracterizado como crime de ação pública e que não dependa de representação (ou seja, não dependa da vontade da vítima), e cuja comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal. Exemplo: se o médico, em razão da profissão, ficar sabendo que seu paciente praticou o crime de aborto, não poderá denunciá-lo porque a comunicação desse fato à autoridade pública exporá seu cliente ao devido processo criminal, importando essa comunicação em quebra de sigilo profissional.

Entretanto, cometerá a infração contravençional o médico que deixar de comunicar às autoridades públicas se, ao fazer necropsia, constatar que a morte decorreu de violência (homicídio), ou, ainda, constatar que o corpo foi objeto de sevícias graves, antes da morte, por outras causas etc. É que esses fatos constituem crimes de ação pública incondicionada, e a comunicação não estará apontando o autor, cumprindo às autoridades públicas diligenciar para `descobrir´ a autoria do fato. Ocorrerá igual contravenção se o médico deixar de comunicar o fato quando, ao atender seu paciente, ficar sabendo da ocorrência de crime de ação pública incondicionada (exemplos: homicídio, latrocínio, sequestro, tráfico de drogas, etc.) praticado por outrem (e não pelo paciente), e cuja autoria seja desconhecida pelas autoridades públicas, ou esteja sendo atribuída a terceiro inocente. Nesses casos, tem o médico o dever legal de comunicar o fato, porque essa comunicação não importará em quebra de sigilo profissional e nem processo crime contra o paciente. De igual forma, deve o médico fazer a comunicação, quando atender paciente vítima de lesão grave (produzida por arma branca ou outro instrumento), ou envenenamento, ou qualquer outro delito, mesmo que o paciente não queira

envolvimento pessoal com a polícia (fato comum do cotidiano). Não se pode esquecer que, em tais hipóteses, o paciente é a vítima, e apenas nessa condição integrará o procedimento criminal. Em quaisquer dessas comunicações, o médico estará acobertado pela conduta de cumprimento do dever legal.⁴⁸

A Lei nº 8.159/91, que dispõe sobre a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, aqui mencionada por analogia ao assunto, traz a seguinte previsão:

Art. 4º. Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujos sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Art. 6º. Fica resguardado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do sigilo, sem prejuízo das ações penal, civil e administrativa.

Art. 11. Consideram-se arquivos privados os conjuntos de documentos produzidos ou recebidos por pessoas físicas ou jurídicas, em decorrência de suas atividades.

Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos. [...]

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referentes honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

Art. 24. Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte.

Parágrafo único. Nenhuma norma de organização administrativa será interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto neste artigo.

Art. 25. Ficará sujeito à responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da legislação em vigor, aquele que desfigurar ou destruir documentos de valor permanente ou considerado como de interesse público e social.

Prevê o Decreto nº 4.553/02, que dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, aqui mencionado por analogia:

48. SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 217/218.

Art. 2º. São considerados originariamente sigilosos, e serão como tal classificados, dados ou informações cujo conhecimento irrestrito ou divulgação possa acarretar qualquer risco à segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Parágrafo único. O acesso a dados ou informações sigilosos é restrito e condicionado à necessidade de conhecer.

Art. 3º. A produção, manuseio, consulta, transmissão, manutenção e guarda de dados ou informações sigilosos observarão medidas especiais de segurança.

Parágrafo único. Toda autoridade responsável pelo trato de dados ou informações sigilosos providenciará para que o pessoal sob suas ordens conheça integralmente as medidas de segurança estabelecidas, zelando pelo seu fiel cumprimento.

O Decreto nº 6.029/07, que institui o Sistema de Gestão Ética no Poder Executivo Federal, traz a seguinte disposição:

Art. 13. Será mantido com a chancela de “reservado”, até que seja concluído, qualquer procedimento instaurado para apuração de prática em desrespeito às normas éticas.

[...]

§ 2º - Na hipótese de os autos estarem instruídos com documento acobertado por sigilo legal, o acesso a esse tipo de documento somente será permitido a quem detiver igual direito perante o órgão ou entidade originariamente encarregado de sua guarda.

§ 3º - Para resguardar o sigilo de documentos que assim devam ser mantidos, as Comissões de Ética, depois de concluído o processo de investigação, providenciarão para que tais documentos sejam desentranhados dos autos, lacrados e acautelados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90) possui dispositivos que podem ser aqui mencionados, por analogia, para ampliar as várias facetas da questão:

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra crianças ou adolescentes serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.⁴⁹

49. “O silêncio (não comunicação) poderá ser caracterizado como crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal) ou outro tipo mais grave, conforme o caso. Poderá a pessoa omissa ser tida como conivente, sujeita então às mesmas penas dos autores do crime, previstas nos arts. 232 e 233 do Estatuto.” TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 23.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:
Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Consta do texto do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.471/03):

Art. 6o. Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.⁵⁰

Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos serão obrigatoriamente comunicados pelos profissionais de saúde⁵¹ a quaisquer dos seguintes órgãos:

- I – autoridade policial;
- II – Ministério Público;
- III – Conselho Municipal do Idoso;
- IV – Conselho Estadual do Idoso;
- V – Conselho Nacional do Idoso.

A Lei nº 11.111/05, que regulamenta a parte final do disposto no inciso

50. "A Lei em comento ratifica os termos do art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal, que determina a qualquer pessoa do povo que tenha conhecimento da prática de crime que caiba ação pública o dever de comunicar verbalmente ou por escrito à autoridade policial e esta deverá tão logo seja informada do fato tomar as providências cabíveis, no caso, instaurar o inquérito desde que a informação seja procedente. O Código não diz "poderá", mas "comunicará" que é um dever e não uma faculdade de agir, como determina o parágrafo em comento. A pessoa do povo que tiver ciência da prática de crime de ação pública e que não comunicar o fato à autoridade competente estará incurso nas penas do art. 66 da lei das Contravenções Penais. Contravenção esta, referente à Administração Pública, cuja pena é a de multa." FRANCO, Paulo Alves. *Estatuto do Idoso Anotado*. Leme: LED Editora de Direito, 2004. p. 33/34.

51. "Quando a lei diz 'profissionais de saúde', não implica que somente os médicos terão a obrigação de levar ao conhecimento das autoridades competentes os casos de maus-tratos. Farmacêutico, enfermeiro, biomédico, dentista, etc. Qualquer desses profissionais que souber através de seu exercício que um paciente que esteja sofrendo maus-tratos por parte de seus familiares deve comunicar o fato às autoridades competentes para que sejam tomadas as providências cabíveis contra o infrator." FRANCO, Paulo Alves. ob. cit. p. 49/50.

XXXIII⁵² do caput do art. 5º da Constituição Federal, estatui:

Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

A obrigação de manutenção do sigilo permanece quando o profissional de saúde for instado a se manifestar em depoimento sobre o conteúdo do prontuário de um paciente, hipótese em que ele poderá se esquivar da revelação do segredo contido naquele documento, postura que encontra respaldo jurídico na própria legislação.

Neste sentido, citam-se os seguintes dispositivos legais que preveem a desobrigação do depoimento sem qualquer consequência ao profissional de saúde:

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) prevê, no artigo 207, que “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devem resguardar segredo, salvo se, desobrigada pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”⁵³

52. Constituição Federal – “Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

53. “O próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece a importância dos segredos profissionais, tanto que protege a sua inviolabilidade, inclusive excluindo os profissionais da obrigação de depor, que é um dever de todos (art. 206, 1ª parte, do CPP); aliás, os profissionais a quem são confiados os segredos, nas circunstâncias aqui examinadas, ‘são proibidos de depor’, salvo se, desobrigados pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (art. 207 do CPP). (...) A proteção legal do segredo protege tanto o titular do segredo quanto o seu destinatário: mesmo liberado pelo titular do segredo, razões éticas justificam a recusa do profissional de depor acerca de segredos de que tenha tido ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão. Ninguém pode ser obrigado a violentar seus princípios éticos, aliás, em nome dos quais as pessoas são levadas a confiar-lhes suas intimidades! Esses profissionais, na verdade, não são obrigados a depor nem ‘prestar informações’ ou ‘esclarecimentos’, que não passam de eufemismos utilizados por determinadas autoridades, com visível abuso de autoridade, para burlar a proteção legal. A título de ilustração, destacamos a prescrição do Código de Ética Médica, aprovado pela Lei nº 3.268/57, que dispõe: ‘O médico está obrigado, pela ética e pela lei, a guardar segredo sobre fatos de que tenha conhecimento, por ter visto, ouvido ou deduzido, no exercício de sua atividade profissional, ficando na mesma obrigação todos os auxiliares.’ (art. 36).” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 649. (sic)

O Código Civil (Lei nº 10.406/02) ressalva a questão do sigilo profissional em depoimentos e desobriga o detentor das informações de exteriorizá-las a terceiros, inclusive a magistrados:

Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

- I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;
- II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;
- III – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

O Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) traz a seguinte previsão:

Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos:

- I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;
 - II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.
- Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.

Art. 363. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa:

- I - se concernente a negócios da própria vida da família;
 - II - se a sua apresentação puder violar dever de honra;
 - III - se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal;
 - IV - se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;
 - V - se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição.
- Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os ns. I a V disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo.

Art. 406 - A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

- I – que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau;
- II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Maria Helena Diniz se posiciona de forma convergente à desobrigação de depoimento do profissional da saúde em casos em que o sigilo deva ser preservado:

Desobriga-se de depor, em juízo, sobre fatos a cujo respeito uma pessoa, por estado ou profissão, deve guardar sigilo, isto porque a não revelação de segredo profissional é um dever imposto constitucional e legalmente, ante o princípio da ordem pública, sendo que constitui crime revelar a alguém o sigilo de que tiver notícia ou conhecimento, em razão de ofício, emprego ou profissão.⁵⁴

O Código de Ética Médica⁵⁵ (Resolução CFM nº 1.931/09) é a norma jurídica específica a ser consultada para o assunto tratado neste artigo, que é alçado à condição de princípio fundamental. Referido código traz capítulo específico sobre o tema. Eis a sua previsão:

Capítulo I PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

Capítulo IX SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição:

- a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido;
- b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento;
- c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado à paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

54. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

55. "Os preceitos contidos nesse Código são normas jurídicas equivalentes às normas federais e, assim, obrigam do mesmo modo que estas." MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a lei*. São Paulo: LEJUS, 1998. p. 365.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exhibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

Capítulo X DOCUMENTOS MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Observa-se pela simples leitura dos dispositivos legais acima reunidos que a regra geral é a proteção incondicional do sigilo das informações contidas nos prontuários dos pacientes em relação a terceiros, quando o paciente não autorizou por escrito a estes ter acesso àqueles dados, o que se torna impossível no caso de óbito ou impedimento momentâneo ou

definitivo, mental⁵⁶ ou físico.

Nenhum dispositivo legal relativizou a proteção do sigilo das informações contidas no prontuário, a não ser por *justa causa* prevista pela própria legislação, o que não engloba os ofícios expedidos por autoridades, por exemplo.

5.2 A PROTEÇÃO DO SIGILO EM ASSUNTOS DISTINTOS DO PRONTUÁRIO DO PACIENTE

Destoa o tratamento rigoroso que algumas espécies de sigilo do indivíduo detêm, se comparadas ao recebido pelo prontuário do paciente. Abaixo, exemplificamos cuidados que, quisesa os hospitais, fossem tão claros em relação ao prontuário do paciente, o que evitariam inúmeras discussões, desentendimentos e ações judiciais contra os estabelecimentos de saúde e seus gestores.

5.2.1 SIGILO DE DADOS CADASTRAIS E DE TERCEIROS

A Lei nº 5.061/07, do Estado do Rio de Janeiro, criou a obrigação de supressão de dados pessoais dos envolvidos que permitam a sua localização por pessoas estranhas aos quadros da Polícia Civil. Consta de referida lei:

Art. 1º - A Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, nas delegacias de polícia nas quais se encontra implantado o sistema Delegacia Legal, deverá preservar em sigilo o endereço, o número telefônico, o número da identidade e o número do CPF dos envolvidos e testemunhas em ocorrências criminais, Ministério Público e Poder Judiciário.

Art. 2º - Para que não haja prejuízo ao serviço policial e judicante, tais dados serão mantidos em peça apartada, sendo encaminhados ao Poder Judiciário juntamente com o procedimento criminal, sempre que este lhe for apresentado, não podendo, sob nenhuma circunstância, serem disponibilizados aos envolvidos, testemunhas ou a terceiros.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou que “o acesso a dados sigilosos de terceiros goza de proteção constitucional, não havendo ilegalidade na medida em que autoriza o acesso aos dados pertinentes ao crime em apuração, desde que sejam utilizados instrumentos de informática específicos para a correta busca e separação somente dos dados pertinentes ao caso.”⁵⁷

56. Resolução CFM nº 1.952/10.

57. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 124.253, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 18.02.2010. “Processual penal. Habeas Corpus. Operações da Polícia Federal. “Operações Chacal” e “Satiagraha”. Reconhecimento da nulidade e determinação de suspensão de ações penais distintas. Impossibilidade. Necessidade de apreciação de provas. Supressão de instância. Busca e apreensão de HD. Alegação de ilegalidade. Falta de precisa indicação do local da diligência. Não-ocorrência. Apreensão de servidor utilizado por investigado e pertencente a terceiro. Possibilidade. Quebra do sigilo de dados de terceiros. Não-evidenciada. Existência de

5.2.2 SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS

Em 2010, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em apertada votação (5⁵⁸ a 4⁵⁹) e em acórdão com 62 páginas, frearam o ímpeto de devassa indiscriminada da Receita Federal e decidiram processo que foi assim ementado:

Sigilo de dados – Afastamento. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sigilo de dados bancários – Receita Federal. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.⁶⁰

O Recurso Extraordinário julgado foi interposto contra decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, que havia entendido e decidido favoravelmente à sempre prestigiada Receita Federal acerca da aplicação descontrolada da Lei n. 10.174/01, que alterou a Lei n. 9.311/96.

Havia decidido o TRF que:

O acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, *a priori*, os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, incisos X e XII, da CF/88, conforme entendimento sedimentado no tribunal.⁶¹

O início do voto do ministro Marco Aurélio, do STF, relator do Recurso Extraordinário em discussão, registra importante premissa que será invocada quando tratarmos especificamente do sigilo ou segredo profissional que

ferramentas de informática que possibilitam a separação de dados. Competência do Tribunal a *quo* para apreciação da apelação. Inexistência de nulidade e perda do objeto de apelação. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. [...] 5. Com o auxílio das atuais ferramentas de informática, é possível fazer a separação dos dados de um HD, evitando-se a eventual quebra do sigilo de dados acobertados pela garantia constitucional. [...]”

58. Foram vitoriosos na votação que resultou na ementa os ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

59. Foram vencidos na votação que resultou na ementa os ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie.

60. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808/PR, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 15.12.2010. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A; Recorrida: União.

61. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808/PR, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 15.12.2010, folhas 219 e 220.

incide sobre o prontuário do paciente. Afirmou o ministro:

É sempre oportuno atentar para os princípios consagrados na Carta Maior. A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III, estando as relações internacionais norteadas pela prevalência dos direitos humanos – artigo 4º, inciso II. A vida gregária pressupõe segurança – artigos 5º e 6º -, pressupõe estabilidade, e não a surpresa. [...] A referência a lei, a encerrar observância do princípio da legalidade, medula em um Estado que se diga Democrático de Direito, remete à necessária harmonia com o texto constitucional.⁶²

Essa profunda e ampla discussão jurídica se deu em relação à necessidade de resguardar e garantir ao cidadão o seu direito constitucional ao sigilo de dados bancários, diante de “atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo [o cidadão] na dignidade.” E este “ato extravagante” consistia em lei federal, à qual foi dada “interpretação conforme à Carta Federal”, ou seja, ela foi desconsiderada na parte que afrontava a nossa Lei Maior.

Diante da complexidade e recorrência do assunto consistente no direito ao sigilo bancário do cidadão ele ainda será objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal quando ele julgar a matéria, que foi afetada com Repercussão Geral.⁶³

Noutro julgamento, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que o Banco Central não podia quebrar o sigilo bancário de um ex-diretor de um banco estadual, tendo a ementa da decisão recebido a seguinte redação:

SIGILO DE DADOS - ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.⁶⁴

5.2.3. SIGILO DE INQUÉRITO POLICIAL, INCLUSIVE DE ADVOGADOS

A Lei federal nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a

62. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808/PR, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 15.12.2010, folha 223.

63. Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, relator ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 22.10.2009. “Constitucional. Sigilo bancário. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (Lei Complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral!”

64. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 461.366, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 03.08.2007.

Ordem dos Advogados do Brasil, prevê:

Art. 7º. São direitos do advogado:

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

Na prática, não é tão simples como a lei manda. O Superior Tribunal de Justiça tem relativizado este direito e restringindo o acesso de informações constantes de inquéritos policiais quando elas pertencem a terceiros, ou seja, a pessoas diferentes do cliente do advogado, que pode ter acesso irrestrito e ilimitado “apenas no que disser respeito ao seu cliente, vedado o acesso a documentos pertinentes a terceiras pessoas e diligências ainda em curso”, conforme afirmou o ministro Arnaldo Esteves de Lima [STJ], que concluiu, ao confrontar dispositivos do Código de Processo Penal com o Estatuto da Advocacia:

A partir da exegese das normas supracitadas, deve-se conciliar os interesses da investigação e o direito à informação do investigado e, conseqüentemente, de seu advogado, a fim de salvaguardar as garantias constitucionais. [...]

Nesse contexto, o acesso conferido aos procuradores não é irrestrito, devendo restringir-se aos documentos já disponibilizados nos autos e que se refiram apenas ao seu cliente, sendo, portanto, vedado o acesso a documentos pertinentes a outras pessoas.⁶⁵

65. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 65.303-PR, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 20.05.2008. “Processual penal. Habeas Corpus. Inquérito policial. Acesso. Advogado. Sigilo das investigações. Ordem denegada. 1. Ao inquérito policial não se aplica o princípio do contraditório, porquanto é fase investigatória, preparatória da acusação, destinada a subsidiar a atuação do órgão ministerial na persecução penal. 2. Deve-se conciliar os interesses da investigação com o direito de informação do investigado e, conseqüentemente, de seu advogado, de ter acesso aos autos, a fim de salvaguardar suas garantias constitucionais. 3. Acolhendo a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível o acesso de advogado constituído aos autos de inquérito policial em observância ao direito de informação do indiciado e ao Estatuto da Advocacia, ressalvando os documentos relativos a terceiras pessoas, os procedimentos investigatórios em curso e os que, por sua própria natureza, não dispensam o sigilo, sob pena de ineficácia da diligência investigatória. 4. Habeas corpus denegado.”

Seguindo essa mesma linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça, em outra oportunidade, decidiu que o advogado sem procuração nos autos não tem o direito líquido e certo de examinar o processo:

PROCESSUAL CIVIL. IMPOSIÇÃO DE SIGILO NO DECORRER DA ANÁLISE DO PROCESSO. VALIDADE. EXAME DOS AUTOS POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 7º, XIII, LEI 8.906/94.

I - A liberdade de consultar os autos, tomando notas e com a obtenção de cópias, deve ceder à constatação da autoridade judicial de que o feito deve ter andamento com a garantia do sigilo, consoante inscrito no artigo 5º, X, da Constituição Federal.

II - O sigilo processual é colocado pela lei sob o prudente e criterioso arbítrio da autoridade julgadora em qualquer instância ou tribunal, o que ocorreu na espécie.

III - Nesse panorama, o advogado sem procuração nos autos não tem o direito líquido e certo a examinar o processo.

IV - Agravo regimental improvido.⁶⁶

Noutro julgamento, de relatoria da ministra Denise Arruda, o Superior Tribunal de Justiça, com base em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu que o advogado tem direito a acessar autos de inquérito policial e obter informações que interessem diretamente apenas ao seu cliente. Eis a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. INQUÉRITO CIVIL. ACESSO A ADVOGADO CONSTITUÍDO PELOS IMPETRANTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Empresarial Plano de Assistência Médica Ltda e Outro impetraram mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de São José dos Pinhais, Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, consubstanciado no indeferimento de pedido de acesso a inquérito civil contra eles instaurado.

2. No presente recurso ordinário, os recorrentes pleiteiam a reforma do acórdão proferido pela Corte local, com a consequente concessão da segurança, para que seja reconhecido o direito de acesso aos autos do procedimento investigatório 1.578/2007, bem como “lhes seja facultado o direito de fazer anotações e cópias; seja vedado o uso de documentos já encartados nos autos por quem quer que seja, inclusive e especialmente a parte requerente, ante a indevida obtenção de tais documentos sem audiência das requerentes; sejam devolvidos todos os prazos competentes e imponíveis contra o r. despacho que acolheu a pretensão do Ministério Público, para que possam as impetrantes manifestar os competentes recursos;

66. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 10.299-DF, relator ministro Francisco Falcão, julgamento em 07.02.2007.

sejam intimados de todos os atos do processo doravante” (fl. 221).

3. Não é lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil, embora trate-se de procedimento meramente informativo, no qual não há necessidade de se atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto tal medida poderia subtrair do investigado o acesso a informações que lhe interessam diretamente. Com efeito, é direito do advogado, no interesse do cliente envolvido no procedimento investigatório, ter acesso a inquérito instaurado por órgão com competência de polícia judiciária ou pelo Ministério Público, relativamente aos elementos já documentados nos autos e que digam respeito ao investigado, dispondo a autoridade de meios legítimos para garantir a eficácia das diligências em curso. Ressalte-se, outrossim, que a utilização de material sigiloso, constante de inquérito, para fim diverso da estrita defesa do investigado, constitui crime, na forma da lei.

4. Nesse contexto, o Pretório Excelso editou a Súmula Vinculante 14, segundo a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

5. Nas palavras do ministro Luiz Fux, “não obstante a garantia estabelecida pelo art. 7º, XIV do Estatuto dos Advogados do Brasil, constitui interesse primário de indiciado em procedimento que possa acarretar em cerceamento de sua liberdade, o acesso aos autos da investigação, justamente nos resultados que já constem do feito. Por outro lado, caso venha a se violar o segredo de justiça, utilizando-se as informações obtidas para fins outros que não a defesa do paciente, responderá o responsável nos termos da lei aplicável pelos delitos que cometeu. Ressalte-se que a adequação do sigilo da investigação com o direito constitucional à informação do investigado devem se coadunar no acesso restrito do indiciado às diligências já realizadas e acostadas aos autos. Afinal, a decretação de sigilo não impede o advogado de ter acesso aos autos do inquérito policial. Entretanto, essa garantia conferida aos causídicos deverá se limitar aos documentos já disponibilizados nos autos, não sendo possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso, ‘à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso.’ (HC nº 82354/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24/09/2004)” (HC 123.343/SP, DJe de 9.12.2008). [...] ⁶⁷

5.2.4 SIGILO DE ANOTAÇÕES NA CARTEIRA DE TRABALHO

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso X, acima transcrito, “elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão de ela ter sido erigida em um

67. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.949-PR, relatora ministra Denise Arruda, julgamento em 05.11.2009.

dos fundamentos da República Federativa do Brasil”.⁶⁸

Este entendimento serviu de preâmbulo para que o Tribunal Superior do Trabalho reformasse acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho [TRT] da 17ª Região que havia deferido indenização por dano moral de R\$ 5 mil à empregada que teve anotado na sua Carteira de Trabalho, pelo empregador, a circunstância consubstanciada na utilização das palavras “*conforme decisão judicial*”, haja vista que o vínculo empregatício entre as partes foi estabelecido somente pelo Judiciário.

O TRT entendeu que aquela anotação (“conforme decisão judicial”) desabonava a ex-empregada e dificultava a procura de emprego,

[...] haja vista a realidade econômica e social do país e o fato de não ser bem vista, pelos empregadores, a procura do Judiciário pelo candidato a emprego.

Com efeito, em época de inegável escassez de empregos, a observação inscrita numa Carteira de Trabalho deixa de ter uma conotação de mera notícia para assumir o caráter prejudicial de contraindicação do seu portador para eventuais futuros empregadores.

Conclui-se, portanto, pela lesão à dignidade e à privacidade da reclamante que teve em sua carteira anotação do fato contrário aos seus interesses e potencialmente prejudiciais à sua inclusão no mercado formal de trabalho.

(sic)

A ex-empregada interpôs recurso de embargos em relação à decisão do Tribunal Superior do Trabalho e, em março de 2012, conseguiu restabelecer o acórdão primitivo do TRT, conforme constou de seu resumo:

68. Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista nº 74500-48.2008.5.17.0005, relator ministro Barros Levenhagem, julgamento em 12.05.2010. “Recurso de Revista. Dano Moral. Anotação na CTPS. Menção à decisão judicial. I – É certo que o inciso X do artigo 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III da Constituição. II – Verifica-se do acórdão impugnado ter o Regional reconhecido o dano moral por conta da anotação realizada pelo empregador na CTPS da expressão “conforme decisão judicial”. III – Compulsando-se o acórdão recorrido, não se divisa nenhuma situação lesiva à honra e à imagem do trabalhador ou abalo moral e psicológico na simples referência ao fato de a anotação da CTPS o ter sido feito por decisão judicial. Isso porque, sendo incontroverso que o registro de anotação na CTPS adveio de cumprimento de determinação judicial, não se revela juridicamente viável a tese de que, em face da escassez de empregos e dos prejuízos à inclusão no mercado de trabalho, deve, a teor do artigo 29, § 4º, da CLT, ser considerado desabonador o registro da decisão judicial. IV – É indiscernível ilicitude no ato do empregador, pois somente cumprira a obrigação determinada judicialmente, pelo que não violou o artigo 5º, X, da Constituição. Precedentes de Turmas do TST. V – Recurso provido.”

Decisão: I – por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos quanto ao tema “Danos morais. Configuração. Registro na CTPS de que a anotação do vínculo de emprego decorreu de determinação judicial”, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional, vencidos os Exmos. Ministros João Batista Brito Pereira, Milton de Moura França e Ives Gandra Martins Filho; II – por unanimidade, não conhecer do Recurso de Embargos no tocante ao tema “Danos morais. Valor arbitrado”.

A decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, restaurada, foi assim ementada:

“Anotações desabonadoras na CTPS. Danos morais. A anotação de que o empregado foi dispensado por conta de acordo judicial tem aptidão para macular a sua vida profissional (além da honra, vida privada e intimidade), causando-lhe danos morais suscetíveis de indenização”.

Vê-se, daí, o rigorismo jurídico com o qual é tratado o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que protege o sigilo das informações dos cidadãos, inclusive aquelas contidas no prontuário do paciente.

6. A PROTEÇÃO JUDICIAL DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES DO PRONTUÁRIO DO PACIENTE

O Ministro Cesar Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça, excursionou sobre o sigilo profissional em geral e afirmou:

O sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie.

O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social.

Hipótese em que se exige da recorrente – ela que tem notória especialização em serviços contábeis e de auditoria e não é parte na causa – a revelação de segredos profissionais obtidos quando anteriormente prestou serviços à ré da ação.⁶⁹

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina enviou a todos os Juízes de Direito daquele Estado a Circular nº 4, de 8 de abril de 2011, que “orienta acerca das hipóteses de quebra de sigilo médico e requisição judicial de prontuários clínicos” e que traçou as seguintes diretrizes:

69. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9.612, relator ministro Cesar Asfor Rocha, julgamento em 03.09.1998.

- a) se a ordem judicial estiver acompanhada de autorização/consentimento do paciente, não há qualquer impedimento legal ou ético no seu fornecimento pelo médico;
- b) se não houver autorização/consentimento do paciente, o magistrado deverá avaliar a ocorrência de dever legal ou justa causa, emitindo ordem judicial devidamente fundamentada para o fornecimento do prontuário pelo médico; nestes casos, cópia do prontuário médico somente será entregue ao perito nomeado pelo juiz (art. 89, § 1º, Código de Ética Médica), e
- c) em qualquer das situações anteriores, não deverá ser efetuada a juntada do prontuário médico aos autos. Em caso de juntada, os autos deverão tramitar sob “segredo de justiça”.⁷⁰

Existem várias decisões judiciais que mandam resguardar de terceiros o sigilo profissional das informações contidas no prontuário do paciente e se direcionaram para a afirmação da impossibilidade de envio de cópia do prontuário do paciente para autoridades em geral. Abaixo, por amostragem, citamos 12 exemplos de tais decisões judiciais:

Desobediência. Médico e enfermeira que deixam de atender requisição judicial. Observância rigorosa do sigilo profissional. Hipótese que não versava, ademais, sobre crime relacionado com prestação de socorro médico ou sobre notificação compulsória de moléstia infectocontagiosa. Inexistência de justa causa para abertura de inquérito. Trancamento. Habeas Corpus concedido.⁷¹

Constitui constrangimento ilegal a exigência de revelação do sigilo e participação de anotações constantes das clínicas e hospitais. Habeas Corpus concedido.⁷²

1. Reclamante submetida ao processo de Extraditanda nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei nº 6.815/80.

70. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 14.949, relatora ministra Nancy Andrihgi, julgamento em 19.05.2009. “Processo Civil. Segredo de Justiça. Art. 155 do CPC. Rol exemplificativo. Informações comerciais de caráter confidencial e estratégico. Possibilidade. - O rol das hipóteses de segredo de justiça contido no art. 155 do CPC não é taxativo. - Admite-se o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico. Agravo a que se nega provimento”.

71. *Revista dos Tribunais* nº 608/326, decisão do extinto TACrimSP: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

72. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 39.308/62, relator ministro Ary Franco, julgamento em 19.09.1962.

Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante.⁷³

Mandado de Segurança. Impetração contra ato judicial requisitando a remessa do prontuário médico de paciente do hospital impetrante. Cabimento. Documentação protegida pelo sigilo profissional. Inocorrência das hipóteses do artigo 269, do Código Penal. Violação a direito líquido e certo de que é titular caracterizado. Dispensa do cumprimento da requisição. Segurança concedida.⁷⁴

Sigilo médico profissional. Quebra. Inadmissibilidade. Recusa do fornecimento de prontuário médico de paciente para fins de investigação criminal, por suposta prática de aborto. Legitimidade. Apuração que não trata de crimes relacionados com a prestação de socorro médico ou de moléstia de comunicação compulsória.⁷⁵

Ação de indenização. Apelado que, na qualidade de médico que assistia a apelante, enviou relatório da paciente para outro médico que passou a assisti-la. Inocorrência de quebra de sigilo de informações confidenciais sobre a paciente. Conduta do apelado que não caracteriza infração aos artigos 11 e 102 do Código de Ética Médica. Prontuário encaminhado de um

73. Supremo Tribunal Federal, Questão de ordem na Reclamação nº 2.040/DF, relator ministro Néri da Silveira, julgamento em 21.02.02. Diário da Justiça de 27.06.2003. p. 31.

74. Tribunal de Justiça de São Paulo, Mandado de Segurança nº 327.306-3, relator desembargador Jarbas Mazzoni.

75. Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais* nº 791/599.

médico para outro e não a pessoas estranhas ao exercício da medicina. (...) ⁷⁶

De acordo com o Código de Ética Médica (Lei nº 3.268/57) e a Instrução nº 153/85, da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, a entrega de documentos contendo dados de interesse médico às instituições públicas ou privadas, sem a devida e expressa autorização do paciente, de seu responsável legal ou sucessor, viola a ética médica. A sua requisição judicial deverá ser determinada apenas quando houver interesse público que recomende sua requisição para instrução de processos judiciais, entretanto, deverão ser adotadas providências no sentido de se resguardar o sigilo profissional da classe médica. ⁷⁷

Segredo profissional. A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso. A revelação do segredo médico, em caso de investigação de possível abortamento criminoso, faz-se necessária em termos, com ressalvas do interesse do cliente. Na espécie, o hospital pôs a ficha clínica à disposição de perito médico, que “não estará preso ao segredo profissional, devendo, entretanto, guardar sigilo pericial” (art-87 do Código de Ética Médica). Por que se exigir a requisição da ficha clínica? Nas circunstâncias do caso, o nosocômio, de modo cauteloso, procurou resguardar o segredo profissional. Outrossim, a concessão do “writ”, anulando o ato da autoridade coatora, não impede o prosseguimento regular da apuração da responsabilidade criminal de quem se achar em culpa. ⁷⁸

Segredo profissional – Impedimento legal ao atendimento de requisição de documentos - Ficha clínica e relatório médico de paciente requisitados ao hospital visando instruir inquérito policial – Não equivalência a “justa causa” para revelação, como tal entendidas as hipóteses de consentimento do ofendido, denúncia de doença cuja notificação é compulsória, estado de necessidade e exercício regular de direito – Exigência sob pena de busca e apreensão e ameaça de processo por crime de desobediência que implica violação de direito líquido e certo. Mandado de Segurança concedido.

A revelação do segredo profissional só é típica quando realizada *sem justa causa*, que constitui o elemento normativo do tipo do art. 154 do CP. Assim, não há tipicidade do fato, por ausência do elemento normativo, nas hipóteses de consentimento do ofendido, denúncia de doença cuja notificação é compulsória, estado de necessidade e exercício regular de direito. A tanto não equivale a requisição judicial a hospital de ficha clínica e relatório médico de paciente visando instruir inquérito policial. A exigência de tais documentos sob pena de busca e apreensão e ameaça de processo por crime de desobediência implica

76. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 300.579-4/3-00, relator desembargador Salles Rossi.

77. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 2.0000.00.511572-8/000(1), relator desembargador Antônio Sérvulo

78. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 91.218-SP, relator ministro Djaci Falcão, julgamento em 10.11.1981.

violação de direito líquido e certo, amparável por mandado de segurança.⁷⁹

Apelação. Responsabilidade Civil. Entrega de prontuário médico sem as cautelas devidas, gerando dano moral à paciente, eis que utilizado em juízo, por terceiro, como prova contrária a seus interesses. Conduta ilícita demonstrada, bem como o nexo causal. Valor da indenização que deve ser reduzido de forma a se adequar à gravidade da conduta e ao dano efetivo suportado pela autora.⁸⁰

Indenização. Danos materiais. Danos morais. Divulgação de prontuário. Paciente com AIDS. Incidência do CDC. Art. 14, § 3º. O hospital é fornecedor de serviços de saúde. Prontuário de paciente que tem o vírus HIV positivo divulgado a terceiros, servindo para a instrução de processo judicial. Não autorização da autora para entrega do prontuário. Violação da intimidade. Infração ao art. 5º, inciso X da CF. Ilicitude da conduta. Nexo causal. Prejuízo. Dano moral configurado. Valor da indenização. Necessidade de eficácia punitiva e coativa. Fixação em 30 salários-mínimos Danos materiais não comprovados.⁸¹

Exibição de documentos. Violação de dados pessoais relativamente ao prontuário médico de terceiros, que não tem qualquer relação com a parte. Descabimento. 1. Se inexistir certeza do nascimento do autor no nosocômio, se a data pode também estar incorreta, se nada indica que houve o abandono e posterior adoção, descabe liberar dados relativos aos prontuários de todas as pessoas do sexo masculino nascidas no dia indicado pelo autor, que é pessoa portadora de sérios distúrbios psicológicos. 2. Ainda que se possa compreender o drama pessoal do autor e os seus profundos conflitos pessoais, ainda que se possa reconhecer o direito dele de conhecer a sua origem biológica, esse seu direito não pode ser exercitado como se não existissem outros direitos que também são albergados pela Carta Magna. 3. O direito da pessoa de vasculhar documentos de um hospital, a fim de colher dados para a investigação da sua origem biológica, é limitado pelo direito das demais pessoas, que nenhuma relação tem com ele, a inviolabilidade da própria intimidade, da sua vida privada, da sua honra e da sua imagem (art. 5º, inc. X, CFB). 4. O direito de acesso das pessoas a obtenção de informações de interesse particular está previsto na Carta Magna, que traz expressa ressalva “aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, inc. XXXIII).⁸²

Citamos a decisão abaixo por analogia, pois ela contém pertinente lição sobre a manutenção do sigilo de informações do cidadão:

79. Tribunal de Justiça de São Paulo, Mandado de Segurança nº 102.893-3, relator desembargador Denser de Sá.

80. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 2006.001.06133, relator desembargador José de Samuel Marques.

81. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 7001.7144478, relator desembargador Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgamento em 14.09.2007.

82. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 7001.1484110, relator desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgamento em 10.08.2005.

Câmara Municipal. Exibição de documento – Sigilo constitucional. O cidadão tem direito às informações relativas à sua pessoa, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, mas desde que essas informações não tenham seu sigilo garantido pela Carta Magna, como é o caso do documento do qual teria originado o decreto legislativo. Assim, não pode a Câmara Municipal, por seu presidente ou por qualquer vereador ou funcionário, fornecer documentos sigilosos relativos à atuação legislativa, para instruir futura ação de indenização, ou sabe-se lá para que fim. Nem ao Poder Judiciário é lícito imiscuir-se em assunto *interna corporis* do Legislativo para satisfazer pretensão pessoal. Não bastasse o impedimento constitucional ao deferimento do pedido, os incisos IV e V do artigo 363 Código de Processo Civil admitem ao terceiro a escusa à exibição de documento ou coisa “se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão devam guardar segredo” e “se subsistirem outros motivos graves que segundo o prudente arbítrio do Juiz, justifiquem a recusa da exibição”.⁸³

Constata-se que a postura dos dirigentes de hospitais e demais estabelecimentos de saúde em não enviar cópia de prontuário a autoridades sem que tenha havido autorização do paciente é plenamente defensável e justificável do ponto de vista jurídico.

6.1 O SIGILO DO PRONTUÁRIO DO PACIENTE FALECIDO

O Código de Ética Médica⁸⁴ contém a seguinte disposição acerca da manutenção do segredo profissional constante do prontuário do paciente que vem a óbito:

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição:

a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; [...]

A respeito dessa especificidade da norma aplicável ao caso em discussão abre-se outro enorme flanco para intermináveis discussões e confrontos entre os hospitais, familiares (filhos, pais, irmãos, cônjuges, etc.) e autoridades, a partir das diferentes interpretações que cada um confere ao ordenamento jurídico, de acordo com seus interesses.

O Código Civil (Lei nº 10.406/02, art. 1.991) prevê a figura do inventariante,

83. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 335.454-4/4, relator desembargador Sousa Lima, julgamento em 11.08.2004.

84. Resolução CFM nº 1.931/09.

que é o administrador da herança do falecido, o que não quer dizer que, para o efeito aqui estudado, tenha ele a prerrogativa de zelar pelas informações constantes do prontuário do de *cujus*.

Alguns julgados se referem ao fato de que o “representante legal” do falecido tem direito de obter cópia do prontuário do finado para lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, inclusive a instrução de processos para recebimento de seguro de vida, pensão, etc.⁸⁵

Acontece que o Conselho Federal de Medicina (CFM) pensa diferente. Provocado pelo Conselho Regional de Medicina do Ceará para se manifestar sobre o assunto, decidiu o CFM pela orientação consistente da não liberação de cópia do prontuário do paciente falecido para seus familiares, em parecer assim ementado:

O prontuário médico de paciente falecido não deve ser liberado diretamente aos parentes do de *cujus*, sucessores ou não. O direito ao sigilo, garantido por lei ao paciente vivo, tem efeitos projetados para além da morte. A liberação do prontuário só deve ocorrer ante decisão judicial ou requisição do CFM ou de CRM.⁸⁶

O Conselho Federal de Medicina entendeu que os direitos da personalidade são intransmissíveis, não cabendo cogitar, portanto, a transmissão sucessória de um direito personalíssimo como a intimidade e a vida privada e que “em hipótese alguma deve o hospital ou o médico liberar o prontuário do paciente falecido a quem quer que seja somente pelo fato do requerente ser um parente do de *cujus*. O parentesco, por si só, não configura a “justa causa” a que se refere o artigo 102 do Código de Ética Médica. Deve-se considerar que, na verdade, em muitas vezes as pessoas que os pacientes menos desejam que saibam de suas intimidades são exatamente os parentes”.

Posto isso, havendo interesse na elucidação da responsabilidade médica, deve o caso ser levado ao Conselho Regional de Medicina onde a conduta médica foi praticada ou, dependendo do caso, à apreciação judicial que, em face de decisão específica, poderá exigir a apresentação do prontuário médico de um paciente falecido e a nomeação de um médico perito para o acesso e análise de seu conteúdo.

A personalidade cessa com a morte, mas os direitos personalíssimos persistem após o óbito. São protegidos os interesses de pessoas vivas em função da dignidade moral inserida no contexto de preservação das características da

85. Por amostragem: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 2.0000.00.373487-6/000(1), relator desembargador Antônio Armando dos Anjos, julgamento em 22.10.2002.

86. Processo-Consulta CFM nº 4.384/07 – Parecer CFM nº 06/10, relator conselheiro Renato Moreira Fonseca. Julgamento em 05.02.2010.

personalidade do ente falecido. Nesse sentido, dispõe o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil brasileiro: “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. [...]

A partir dessas últimas considerações deve-se salientar que existem outras formas de o beneficiário do seguro obter informações sobre a causa do óbito, procurando os médicos que foram assistentes do de *cujus*, os quais irão esclarecer, no que lhes compete, as dúvidas da seguradora, sem que haja acesso direto ao prontuário ou entrega de cópias do mesmo aos sucessores.

Concluiu referido Conselho profissional que o prontuário do paciente falecido não deve ser liberado diretamente aos parentes do de *cujus*, sucessores ou não, e que a liberação apenas deve ocorrer a) por ordem judicial, para análise do perito nomeado em juízo ou b) por requisição do CFM ou de Conselho Regional de Medicina, conforme expresso no artigo 6º da Resolução CFM nº 1.605/00.

É essa a orientação em vigência e que deve ser respeitada pelos hospitais, apesar das constantes ameaças de autoridades que não nomeiam peritos comprometidos com a manutenção do segredo profissional para verificarem os prontuários e colher as informações de que necessitam. Ao invés, elas encaminham ofícios que obviamente não têm o condão de revogar a Constituição Federal e, por desconhecimento, ameaçam de processo por crime de desobediência os profissionais que insistem em manter o sigilo inerente ao prontuário do paciente. Trata-se de verdadeiro disparate à Constituição.

7. A QUEBRA INDISCRIMINADA DO SIGILO DO PRONTUÁRIO DO PACIENTE

Há corrente jurisprudencial que defende que o segredo profissional não é absoluto e entende pela possibilidade de quebra do sigilo profissional. Sustentam os pensadores dessa linha o elastecimento do conceito de “justa causa” para acrescentar no seu rol as ordens judiciais e administrativas perpetradas por meio de ofício expedidos pelas autoridades, por meio dos quais elas solicitam o envio de cópia do prontuário do paciente para instruir seus procedimentos.

Eis exemplos de decisões judiciais nesse sentido:

Requisição de prontuário. Atendimento a cota ministerial. Investigação de “queda acidental”. Arts. 11, 102 e 105 do Código de Ética Médica. Quebra de sigilo profissional. Não verificação.

O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética. A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando

apurar possível prática de crime contra a vida. Precedentes análogos.⁸⁷

Processo Civil. Embargos de Declaração. Sigilo profissional. Omissões inexistentes.

1. É dever do profissional preservar a intimidade do seu cliente, silenciando quanto a informações que lhe chegaram por força da profissão.
 2. O sigilo profissional sofre exceções, como as previstas para o profissional médico, no Código de Ética Médica (art. 102).
 3. Hipótese dos autos em que o pedido da Justiça não enseja quebra de sigilo profissional, porque pedido o prontuário para saber da internação de um paciente e do período.
- [...]

Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança.

1. Explicitado ficou no voto condutor que a entidade hospitalar não está obrigada a enviar à Justiça prontuários médicos.
2. O Tribunal disse, com clareza, que à vista do prontuário, preservados os dados sigilosos quanto à doença e ao tratamento realizado, todos os demais dados relativos à internação não estão ao abrigo do sigilo profissional.⁸⁸

Mandado de Segurança. Sigilo profissional. Médico. Impetração do writ contra decisão judicial que requisitou a apresentação do prontuário de paciente. Inadmissibilidade. Documento que se mostra necessário à formação do convencimento do juiz e solução da lide.⁸⁹

Sigilo profissional. Violação. Inocorrência. Recusa ao fornecimento de prontuário médico de paciente morto após cirurgia de redução do estômago com base em resolução do Conselho Federal de Medicina que veda este tipo de procedimento. Inadmissibilidade. Prova destinada a embasar investigação para apurar crime de ação penal pública incondicionada. Hipótese em que a requisição não se destina a revelar segredo da vítima, mas sim qual a rotina médica adotada no procedimento cirúrgico, com o fim específico de se obter informações necessárias à elucidação da causa do óbito, sua autoria e se o médico responsável negligenciou na observância de regra técnica da profissão.⁹⁰

87. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 11.453/SP. 1999-0120187-0, relator ministro José Arnaldo da Fonseca, julgamento em 17.06.2003.

88. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.134-CE, relatora ministra Eliana Calmon, julgamento em 22.10.2002. Consta do acórdão: "O prontuário do paciente não pode ser devassado ou utilizado como meio de prova, se o que se pretende não é saber se houve erro médico ou outra causa legal neste sentido. A remessa não seria do prontuário do paciente e sim das informações nele contidas. É dever legal das entidades hospitalares, à vista das anotações contidas nos prontuários, fornecer certidão sobre os dados ali constantes, omitindo-se apenas as informações técnicas referentes ao nome da doença e ao tratamento prescrito".

89. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista dos Tribunais* nº 821/237.

90. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Revista dos Tribunais* nº 826/663.

O sigilo profissional não tem caráter absoluto, comportando relativo elastério. A quebra de sigilo pode ser imposta ao prudente arbítrio do juízo quando, em face à peculiaridade do caso, se vislumbra a existência de justa causa a autorizá-la.⁹¹

1- Para a exibição de documentos pela mantenedora do hospital onde falecido o marido da autora, não negada a óbvia existência deles em prontuário médico, não se faz mister a oitiva de testemunhas, incorrendo cerceamento de defesa pela ausência de momento para o apontado ato judicial. 2- Na forma disposta pelo art. 844, II, do CPC, a viúva do falecido tem direito e acesso aos documentos do prontuário ante justa causa - investigação da origem da morte do ponto de vista real - e, por isto, avalizável a decisão singular que determinou a exibição dos documentos. 3- Discussão, nesta fase cautelar, sobre existência ou não de culpa da direção do nosocômio ou dos médicos, tem-se por impertinente e descartável.⁹²

Médico. Sigilo profissional. Violação. Inocorrência. Determinação judicial da entrega de prontuário médico de paciente. Admissibilidade, se fundada em justa causa e necessária à formação do livre convencimento do Juiz e ao justo equacionamento da lide. Interpretação do art. 154 do CP e do art. 339 do CPC.⁹³

Apesar de as decisões serem interessantes e fazerem o contraponto em relação ao aqui defendido, seu conteúdo jurídico não é suficiente (e nem poderia) para afastar a aplicação da Constituição Federal de forma diferente da usual, pois sugere a sua interpretação de forma assistemática.

Infelizmente, essa situação de enfrentamento entre os hospitais, pacientes e autoridades, ao que tudo indica, se agravará mais ainda quando os projetos de lei que modificam o Código Brasileiro de Trânsito (CBT – Lei nº 9.503/97) e amplia os meios validados pela Lei Seca (Lei nº 11.705/08) para comprovar a embriaguez de motoristas, se transformarem em lei.

O texto aprovado na Câmara dos Deputados dobra a multa para o condutor flagrado sob a influência de álcool ou de substância psicoativa e permite o uso de imagens ou vídeos para constatar a infração, além da oitiva de testemunhas e realização de exame clínico. Pretendem os parlamentares instituírem a chamada “tolerância zero”.

Dentre as propostas em discussão nos projetos de lei, busca-se ampliar a redação do art. 306 da Lei nº 9.503/97 e incluir o seguinte texto:

91. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 1.0000.06.438104-9/000(1), relator desembargador Paulo Cezar Dias, julgamento em 08.08.2006.

92. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 2.0000.00.373487-6/000(1). relator desembargador Antônio Armando dos Anjos, julgamento em 22.10.2002.

93. 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 3ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 526199-00/3, relator juiz Milton Sanseverino, julgamento em 11.08.1998. Revista dos Tribunais nº 760/295.

§ 6º A caracterização do crime tipificado neste artigo poderá ser obtida:
 I – mediante testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outros meios que, técnica ou cientificamente, permitam certificar o estado do condutor;
 II – mediante prova testemunhal, imagens, vídeos ou a produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.⁹⁴

Outra alteração que o Congresso Nacional pretende instituir é a modificação da redação do artigo 277 do Código Brasileiro de Trânsito, sendo que o texto que está em discussão tem o seguinte teor:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, poderá ser submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.⁹⁵

Os testes e exames clínicos serão feitos pelos motoristas/pacientes em hospitais ou em laboratórios, que devem obediência às Resoluções emanadas dos Conselhos Federal e Estaduais de Medicina, que determinam que os prontuários/resultados somente sejam entregues aos próprios pacientes ou a quem eles autorizarem expressamente. É bem provável que os motoristas não desejarão produzir prova contra si mesmos⁹⁶ e não autorizarão o envio de cópia dos resultados para terceiros.

Não é difícil imaginar que, mais uma vez, os gestores dos hospitais serão premidos e ameaçados por autoridades quando eles se recusarem a enviar cópias de resultados de exames de pacientes para instruírem inquéritos policiais abertos para apurar embriaguez ao volante do cidadão/motorista/paciente.

8. A INDEVIDA RELATIVIZAÇÃO DO ACESSO AO SIGILO CONTIDO NO PRONTUÁRIO DO PACIENTE

O Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, abordando o sigilo

94. Projeto de Lei nº 2.788/11, do Senado Federal.

95. Projeto de Lei nº 5.607/09, cuja redação final dada pela Câmara dos Deputados foi enviada ao Senado Federal por meio do Ofício nº 156/12/PS-GSE, em 13.04.2012.

96. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - (Pacto de San José da Costa Rica) - "Art. 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) (9) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada". No Brasil, a alínea "g" (ou item 9) é interpretada extensiva e exegeticamente, de forma a chegar-se à conclusão de que "ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo". O direito de permanecer em silêncio está previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal brasileira.

profissional, considerou que “são poucas as situações em que a revelação do segredo médico é permitida: crimes que não impliquem processo criminal contra o paciente; notificação compulsória de doenças transmissíveis (lei nº 6.259/1975); comunicação de morte materna (portaria nº 653 do Ministério da Saúde); atuação do médico como perito judicial; declaração de nascimento e de óbito; comunicação de maus-tratos em menores; notificação de violência contra a mulher (lei nº 10.778/2003).⁹⁷

É inegável que o prontuário de qualquer paciente contém informações acerca de seus hábitos alimentares e procedimentais em relação à vida, compleição física, quadro clínico, estado emocional e uma série de outros dados que dizem respeito única e exclusivamente a ele. O prontuário resulta das confidências que são feitas pelo paciente e percebidas e descobertas pelo médico no decorrer do tratamento, em virtude da prestação de serviços (consulta, atendimento etc.) que lhe é destinada.

É indiscutível que a Constituição Federal (art. 5º, X) protege as informações que constam dos prontuários de terceiros, sendo que cabe aos hospitais a sua guarda, por mandamento da Resolução CFM nº 1.638/02.

Não há possibilidade de intromissão externa e a ninguém é dado o direito de intrometer-se na vida alheia ou ter informações de relação travada entre os profissionais e estabelecimentos de saúde e os pacientes, menosprezando-se o direito fundamental do cidadão à privacidade e à intimidade, o que se daria caso o prontuário pudesse ser acessado por terceiros sem autorização do paciente. Incluem-se dentro da categoria de “ninguém” as autoridades em geral, inclusive as judiciárias.

A severidade com que são tratados os dados bancários, por exemplo, não se estende às informações contidas no prontuário do paciente, que invariavelmente são relativizadas pelas autoridades, que abusam de seu poder para invadir a intimidade dos pacientes e ameaçar de processo os dirigentes dos hospitais que insistem em protegê-las. E elas assim o fazem porque entendem que seus ofícios nesse sentido seriam erigidos ao mesmo patamar que as leis que preveem as restritas hipóteses da justa causa, o que não encontra respaldo jurídico.

É crível que as informações contidas no prontuário dos pacientes são mais reveladoras da sua intimidade do que se escrever “conforme decisão judicial” numa carteira de trabalho. Não se pretende, obviamente, comparar esses direitos. Mas não se pode ignorar que se o sigilo dos dados bancários dos cidadãos, por exemplo, são mais protegidos do que as informações contidas no prontuário de pacientes.

97. Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal. *Prontuário médico do paciente: guia para uso prático*. Brasília: Conselho Regional de Medicina, 2006, p. 23.

O recente episódio envolvendo “Carlinhos Cachoeira”, acusado de chefiar uma rede de jogos ilegais, mostrou que o ministro Ricardo Lewandowski, do STF, liberou o acesso do Conselho de Ética do Senado e da Corregedoria da Casa aos documentos que fazem parte das operações Monte Carlo e Vegas, da Polícia Federal, que investiga o próprio e sua ligação com o senador Demóstenes Torres, alguns deputados e outros agentes públicos. Anteriormente e antes da instalação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito pelo Congresso Nacional, o ministro havia negado pedido feito pela Comissão de Ética do Senado neste mesmo sentido.⁹⁸

Ora, se informações acerca de eventuais negociatas corruptas são protegidas com tanto esmero pelo Supremo Tribunal Federal, por que aquelas que dizem respeito à saúde e ao quadro clínico de pacientes, que se sustentam na mesma Constituição Federal, são corriqueiramente relativizadas pelas autoridades e os seus protetores são ameaçados de processos?

Por que a Comissão de Ética do Senado não ameaçou processar o ministro Ricardo Lewandowski quando ele se recusou a enviar cópia dos documentos que solicitou?

Por que os diretores de hospitais são ameaçados de processo quando protegem documentos que contêm informações mais importantes do que simples relacionamentos aparentemente corruptos entre pessoas?

Como aceitar a postura de delegados, promotores e juízes, que defendem que a recusa no envio de cópia do prontuário pelo hospital e o não atendimento de seus ofícios impedem a realização de investigação, inviabiliza o poder/dever do Estado de exercício da persecução penal, o que provocaria grave prejuízo à ordem pública e o direito à segurança da sociedade, além de subverter a ordem jurídica?⁹⁹

Tais autoridades acusam os dirigentes dos hospitais de se valerem de falsa premissa de proteção da intimidade do paciente e ofenderem e desprezarem o interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado.

Definitivamente, não é esse o motivo que move os gestores de hospitais a não enviar cópia de prontuários que não foram autorizados por seus titulares, mas a inteligência conjunta de todos os dispositivos legais

98. <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSP83Q08620120427>, jornalista Ana Flor, reportagem de 27.04.2012, acesso em 29 abr 2012, 10h56.

99. O jornal do Conselho Federal de Medicina de fevereiro de 2008, que tratou de “Privacidade, confidencialidade e sigilo médico” informou na página 3 que, “Para Diaulas Ribeiro, promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, deve haver uma flexibilização a respeito do sigilo médico. Ele acredita não existir razão para se falar em sigilo médico quando o paciente é vítima e que o direito ao sigilo termina com a morte. O Código de Ética Médica, ao contrário, diz que mesmo que o fato seja público e mesmo que o paciente esteja morto, o sigilo deve ser preservado.”

acima mencionados. Não há dolo¹⁰⁰ específico dos gestores de hospitais em desrespeitar qualquer ordem de autoridades, inclusive judiciais, o que, por si só, afasta a configuração do crime de desobediência, diante da atipicidade de conduta.¹⁰¹

Ao invés de desobediência dos gestores de hospitais, o que se vê é o verdadeiro abuso de poder de autoridades ao determinar a revelação de informações sigilosas protegidas pela Constituição Federal, pois divorciadas do conhecimento específico a respeito da amplitude e complexidade do assunto.

9. CONCLUSÃO

A revelação do segredo^{102 e 103} contido no prontuário do paciente sem

100. O magistrado Jurandir Sebastião assim se manifestou a respeito do assunto: “Obviamente que o dever de preservar o sigilo nada tem a ver (com) a obrigação de notificar as doenças contagiosas listadas e as decorrentes do trabalho, previstas no art. 169 da CLT. O delito de ‘quebra de sigilo’, para sua tipificação penal, exige conduta consciente do agente (dolo direto ou eventual), pela divulgação do fato pessoal colhido no exercício da profissão. Entretanto, é necessário que produza ou possa produzir dano ou constrangimento ao paciente. Uma coisa é a eventual divulgação de, por exemplo, uma cirurgia para apendicite, que nenhum constrangimento possa levar ao paciente, outra, muito diferente, será a de correção de disfunção erétil, como de tratamento de frigidez, para a mulher e seu marido; ou, ainda, qualquer doença grave, contagiosa ou não. O que conta, no plano criminal, é a importância que o paciente dá ou possa dar à divulgação. Daí porque esse delito pende de provocação (representação) da vítima para que tenha início o processo punitivo”. SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 212.

101. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, petição nº 45.419-DF (96.01.45419-5), relatora Eliana Calmon, julgamento em 15/10/1998. “Processo civil - Crime de desobediência: Atipicidade de conduta. 1. Os secretários de Estado, no cometimento de crimes de competência da Justiça Federal, devem ser processados e julgados pelos Tribunais Federais (precedentes da Corte). 2. Atipicidade de conduta por inexistência de dolo ou culpa quanto ao não-cumprimento da ordem judicial. 3. Investigação arquivada.”

102. Tribunal de Justiça de São Paulo, Habeas Corpus, relator desembargador Márcio Bonilha, *Revista dos Tribunais* nº 515:316. “O dever de guardar segredo profissional é absoluto. O que a lei proíbe é a revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade.” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 651.

103. “Segredo é algo que não deve ser revelado, sendo necessária a preservação do sigilo, não podendo sair da esfera da privacidade pessoal. É indispensável que o documento contenha um segredo cuja revelação tenha idoneidade para produzir dano a alguém. Logo, a simples chancela de ‘segredo’ ou ‘confidencial’ que determinados documentos recebem não é suficiente para caracterizar o documento secreto ou a correspondência confidencial, definida neste tipo penal (art. 153, CP). O sigilo, ademais, deve recair sobre o conteúdo da correspondência ou documento e não sob o seu aspecto formal. Assim, documentos ou correspondências irrelevantes, inócuas ou, por qualquer razão, incapazes de produzir dano ao sujeito passivo não são objeto da proteção legal do art. 153 (CP). No entanto, isso não significa que, enquanto correspondências, não tenham proteção legal, pois a inviolabilidade do seu sigilo continua bem jurídico penalmente protegido, mas já então à luz do art. 151 (CP).” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 642.

sua autorização^{104 e 105} expressa poderá ensejar condenação consistente no pagamento de indenização por dano moral e eventualmente patrimonial do profissional e/ou do estabelecimento de saúde que mostrou indevidamente o seu conteúdo.^{106, 107 e 108}

O assunto é árduo e há enorme descompasso entre a teoria e a prática, o que invariavelmente coloca os profissionais e os estabelecimentos de saúde em xeque no confronto com as autoridades, que têm o poder de mandar prender os primeiros, inclusive.

O conteúdo dos prontuários dos pacientes não pode ser revelado para terceiros, sejam eles quem for. A única hipótese que permite que o hospital entregue cópia do prontuário a alguém é a autorização escrita neste sentido do próprio paciente.

Caso este tenha ido a óbito, a revelação do sigilo não pode ser “autorizada” pelo inventariante, pelos herdeiros, pela viúva, pelos filhos, pelo Promotor de Justiça, pelo Delegado de Polícia, pelo Juiz de Direito, pelo Desembargador ou por quem quer que seja.¹⁰⁹

Além do Código de Ética Médica, várias leis e a Constituição Federal preveem a obrigatoriedade de manutenção do sigilo das informações constantes

104. “Tratando-se de bem jurídico disponível, o consentimento do ofendido exclui a adequação típica da conduta de revelar segredos profissionais. O consentimento (do paciente) afasta a elementar “sem justa causa”” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 649

105. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 52.774/05, relator desembargador Maldonado de Carvalho.

106. “Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva, porquanto a norma não prevê conduta para que haja o dever de indenizar.” NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

107. “Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudos, etc.” MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 225.

108. “Intimidade e privacidade são sinônimos e devem ser considerados valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranquilo, em paz, de estar só. O que se busca tutelar são o segredo e a liberdade da vida privada. Sem sigilo ninguém pode desenvolver-se intelectualmente, pois nem sempre a divulgação e a investigação são benéficas ao homem (Pierre Kayser). (...) Logo, vida privada é a mesma coisa que vida íntima ou vida interior, sendo inviolável, nos termos da Constituição. É o contrário da vida exterior. (...) A honra, portanto, é o sentimento de temor do demérito em face da opinião pública. (...) A imagem física é o bem inviolável que reflete os aspectos materiais do indivíduo. (...) O dano estético é o sofrimento moral decorrente de ofensas endereçadas à integridade física. Trata-se da lesão permanente que atinge a beleza do ser humano, comprometendo a harmonia das suas formas externas, enfeando-lhe e causando-lhe humilhação, vergonha, desgosto, mal-estar, tristeza. Por isso, equipara-se ao dano moral para fins de indenização.” BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146/149.

109. TEIXEIRA, Josenir. O sigilo do prontuário é para valer? São Paulo: *Revista Notícias Hospitalares* n. 65, ano 7, nov/dez/jan de 2011, p. 34 a 36.

do prontuário do paciente. E os estabelecimentos de saúde não podem se fur-tar ao cumprimento das normas legais em razão de ordens ilegais emanadas de autoridades desavisadas.

Se concordarmos que o prontuário de um paciente registra fatos dos quais podemos extrair informações que podem expor a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, então, este documento é inviolável, o que conceitualmente quer dizer sagrado, intangível, que não pode ser devassado.

E, se é assim, o encaminhamento de cópia do prontuário a alguém que não seja profissional da saúde (este está obrigado a manter sigilo das informações a que tem acesso por mandamento dos seus respectivos códigos de ética) viola o mandamento constitucional e expõe o paciente, sujeitando o hospital a responder por ação de dano moral.

O paciente que procura o urologista, o ginecologista, o psicólogo, o psi-quiatra ou qualquer outro médico expõe intimidades e conta-lhes coisas que não exteriorizaria para ninguém, em prol da sinceridade ao profissional e para facilitar a correta e rápida identificação do mal que o acomete.

E o paciente faz isso na certeza de que aquelas informações ficarão res-tritas ao conhecimento do médico que o atendeu, no consultório ou no leito hospitalar. Se o paciente desconfiar que as informações que revelou não estão seguras e que qualquer um pode ter acesso a elas, muito provavelmente ele omitiria alguma passagem relevante, o que poderia lhe trazer incalculáveis prejuízos para a sua saúde.

E se os pacientes assim passassem a agir é possível acontecerem sérios problemas de saúde pública, em razão da impossibilidade da aferição do real estado de saúde da população. O sigilo inerente ao prontuário do paciente possui diversas vertentes, como se vê.

Tal qual qualquer pessoa, as autoridades são obrigadas a respeitar a legis-lação. O fato de ser autoridade não dá a ela o direito e nem o livre arbítrio de fazer ou exigir o que quiser. A limitação de sua ordem esbarra no ordenamen-to jurídico. E cabe aos hospitais explicar isso detalhadamente às autoridades, quando instados a cumprir ordem que não encontra amparo legal.

Os estabelecimentos de saúde possuem vasto material constitucional, le-gislativo, doutrinário, jurisprudencial e administrativo para se insurgir contra ordens ilegais que mandam que eles enviem cópia de prontuários de pacientes sem que estes os tenham autorizado por escrito.

O velho ditado que diz que ordem judicial não é para ser discutida, mas cumprida, encontra limites quando elas são ilegais. Uma ilegalidade não justifica outra. Os hospitais têm que enfrentar as ordens ilegais, pois baixar a cabeça para elas fragiliza todo o segmento e faz com que eles descumpram a Constituição e exponham os segredos que seus pacientes revelaram ao seu corpo clínico, o que não é admissível sob nenhum ponto de vista, principalmente jurídico.

Cabe ao Estado provar a autoria de crime praticado pelas pessoas. O princípio constitucional que faculta a pessoa a não produzir prova contra si mesma continua válido. Portanto, a conclusão de que o não encaminhamento de cópia de prontuário a autoridades, sem autorização do paciente, seria a tentativa de acobertamento de crime e impedimento de conhecimento de eventual autoria mais parece choro de incompetente do que argumento jurídico.

Cabe ao Estado buscar a comprovação da prática de crimes e a identificação do autor, mas sem descumprir o ordenamento jurídico, a quem ele deve rigorosa e irrestrita obediência, sem qualquer margem discricionária, sob pena de colocar em risco as instituições e os direitos fundamentais das pessoas, o que é absolutamente inadmissível e deve ser rechaçado pelos hospitais de forma rápida e precisa, no Judiciário, se necessário for.

Enquanto a Constituição Federal e a legislação estiverem redigidas como estão ninguém tem direito de conhecer o conteúdo do prontuário se não for autorizado por escrito pelo próprio paciente ou seu representante legal, estes em especialíssimos casos que constituem a regra e não a exceção. Os hospitais não devem fazer vistas grossas a desmandos e nem podem se curvar a ilegalidades, em nenhuma hipótese.

Ou fazemos a legislação valer ou este será mais um odioso capítulo da novela tupiniquim das leis que “pegam” e das que “não pegam”. Não caíamos na vala comum desta demonstração de falta de cidadania. O Brasil não merece essa postura de nossa parte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACELAR, Simônides. *Jornal do Cremesp*. A palavra mais certa. Setembro 2006, p. 3.
- BACELAR, Simônides. Wanderley Macedo de Almeida e Glória Maria Andrade, Faltas e dúvidas comuns no uso do Prontuário Médico do paciente, *Brasília Med* 2002; 39(1/4).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal. *Prontuário médico do paciente: guia para uso prático*. Brasília: Conselho Regional de Medicina, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146/149.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ÉPOCA, revista. Editora Globo, ed. n. 680, páginas 62 a 67.
- FRANCO, Paulo Alves. *Estatuto do Idoso Anotado*. Leme: LED Editora de Direito, 2004. *Jornal do Conselho Federal de Medicina*, editorial de fevereiro de 2008, “Privacida-

- de, confidencialidade e sigilo”, página 7
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a lei*. São Paulo: LEJUS, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. *Revista dos Tribunais*.
- ROSAS, Cristiano Fernando. *Revista Ética Médica*, CREMESP, 1988, p. 144/150.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TEIXEIRA, Josenir. O sigilo do prontuário é para valer? São Paulo: *Revista Notícias Hospitalares* n. 65, ano 7, nov/dez/jan de 2011.
- TEIXEIRA, Josenir. *Prontuário do Paciente – Aspectos Jurídicos*. Goiânia: AB Editora, 2008.



DA NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-HOSPITAL

CAMILA GUEDES ANDRADE



Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos • Possui MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas • É assessora jurídica da Fundação São Francisco Xavier, mantenedora do Hospital Márcio Cunha em Ipatinga/MG • Membro do Conselho Jurídico da CMB – Confederação das Misericórdias do Brasil, representando a Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos do Estado de Minas Gerais – FEDERASSANTAS.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das particularidades da relação médico-hospital. 3. Do fenômeno “pejotização” e sua não aplicação à relação médico-hospital. 4. Conclusão.

RESUMO: Diante do atual contexto jurídico, em que inúmeras ações na área trabalhista, nas quais médicos, integrantes do corpo clínico de uma instituição de saúde pleiteiam o reconhecimento do vínculo empregatício na Justiça do Trabalho, pouco é o conhecimento aprofundado a respeito do tema e, principalmente das peculiaridades da relação médico-hospital. O objetivo deste arrazoado é buscar esclarecimentos a respeito do assunto e procurar melhor solução jurídica à luz dos princípios do Direito do Trabalho, do Código de Ética Médica e das normas do Conselho Federal de Medicina.

PALAVRAS-CHAVE: Relação médico-hospital. Corpo clínico. Pejotização.

1. INTRODUÇÃO

As relações de trabalho vêm passando sistematicamente, através dos anos, por inúmeras mudanças que trazem à baila novas formas de contratação e de estabelecimento de vínculos jurídicos entre prestadores e tomadores de serviços.

Muitas atividades têm sido alvo constante de decisões judiciais estabelecendo vínculos de natureza trabalhista mesmo quando regidas eminentemente pelo Código Civil. Em nome da suposta precarização das relações de trabalho, institutos como o da “pejotização” vêm sendo abordados com grande frequência por operadores do direito sem, muitas vezes, conhecimento sobre o tema.

Em áreas especializadas, como a área da saúde, em que ainda é parco o conhecimento, a aplicação indiscriminada dos princípios de direito do trabalho que permeavam as relações trabalhistas na década de 60 tem trazido consideráveis prejuízos aos hospitais, muitos deles filantrópicos, que destinam mais de 60% de seus atendimentos aos beneficiários do Sistema Único de Saúde e que possuem uma conhecida e deficitária remuneração.

2. DAS PARTICULARIDADES DA RELAÇÃO MÉDICO-HOSPITAL

O hospital, como se sabe, é uma universalidade de fato formada por um conjunto de instalações, equipamentos, aparelhos e instrumentos que possibilitam e facilitam o tratamento da saúde, mas que não realiza o chamado ato médico.

O ato médico, como o próprio nome já diz é todo ato, privativo, praticado por médico habilitado, objetivando a promoção e a recuperação da saúde. Os atos privativos dos médicos estão, inclusive, inseridos Projeto de Lei PL 7.703/2006, do Senado Federal.

É preciso diferenciar aqui o ato médico, ou serviços médicos, dos serviços hospitalares. O hospital firma com o paciente um contrato de serviços hospitalares, assumindo obrigações de fornecer hospedagem, alojamento, alimentação e prestação de serviços paramédicos, entre eles, medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de apoio, para que o médico tenha o suporte necessário para a realização do ato médico.

Ao conjunto de médicos que atua numa entidade hospitalar dá-se o nome de corpo clínico. O corpo clínico nada mais é do que um ente despersonalizado formado exclusivamente por profissionais médicos, que atuam de forma paralela e independente da estrutura hospitalar.

Neste contexto apresenta-se a Resolução do CFM nº 1.481/97 que, esclarecendo sobre o corpo clínico, o define como “o conjunto de médicos de uma instituição com a incumbência de prestar assistência aos pacientes que a procuram, gozando de autonomia profissional, técnica, científica, política e cultural”¹.

A autonomia conferida ao profissional médico é também garantida pelo Código de Ética Médica - Resolução CFM nº 1.931 de 17 de setembro de 2009², e, em respeito à autonomia profissional, impõe aos hospitais a obrigação de permitirem o livre acesso às suas dependências por médicos que necessitem utilizar o seu espaço físico, conforme consta do capítulo II de referido código, ao tratar dos direitos dos médicos:

“Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.”

Desta forma, um médico que necessita utilizar um hospital para internar ou assistir um paciente, sequer precisa ser membro do corpo clínico para fazê-lo, sendo expressamente vedado ao hospital negar acesso ao profissional com este objetivo. Neste contexto, vê-se que a administração hospitalar fica adstrita às normas gerais de organização, mas não subordinando ou regulando as relações entre médicos, relações *interna corporis*.

Sobre a autonomia do profissional médico ainda merecem destaque outros dois trechos do Código de Ética Médica, quais sejam:

1. Resolução 1.481/97 – Conselho Federal de Medicina

2. Código de Ética Médica – Resolução 1.931/2009

“Capítulo I
Princípios Fundamentais

...

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.”

XVII - “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.”.

Enfrentando o tema no Processo Consulta 2.251/97, formulado pela Irmandade do Senhor Bom Pastor dos Passos, da Santa Casa de Misericórdia de Bragança Paulista, o Conselho Federal Medicina entendeu através do voto do Conselheiro Relator, Paulo Eduardo Behrens que:

“Apesar de imbricados e trabalharem em busca de um objetivo comum, que é o de prestar a melhor assistência possível aos pacientes, têm, tanto o hospital como o corpo clínico, naturezas diferenciadas. Aquele oferece aos pacientes condições de hotelaria e infraestrutura física, técnica e de recursos humanos para que este preste a necessária assistência, fruto de sua habilidade e conhecimentos técnico-científicos. Não existe submissão de um ao outro, e sim interação, somatório de ações que possam levar, ao paciente, o melhor de cada um. Um não sobrevive sem o outro. De nada adianta um serviço hospitalar de primeira linha, com toda a infraestrutura possível, sem a presença de um corpo clínico que atenda ao paciente. Da mesma forma, não é concebível uma assistência hospitalar por um corpo clínico sem as citadas estruturas oferecidas pelos hospitais. São complementares, portanto”.³

A já citada Resolução 1.481/97 do Conselho Federal de Medicina ainda destaca a forma de admissão dos médicos no corpo clínico de um hospital, importantíssima questão para este estudo.

Diz a Resolução 1.481/97 que compete aos médicos membros do corpo clínico “decidir sobre a admissão e exclusão de seus membros garantindo ampla defesa e obediência às normas legais vigentes”.

Destarte, baseado na norma em apreço, vê-se que compete aos próprios médicos que compõem o corpo clínico fazer a escolha dos profissionais que devem ser admitidos na instituição, bem como quais devem ser excluídos, não sendo conferido à administração hospitalar, ou à diretoria do estabelecimento

3. PROCESSO-CONSULTA CFM N° 2.551/97 - PC/CFM/N° 09/98

de saúde sequer o poder de interferir nesta escolha que, segundo o CFM, é privativa dos médicos.

Tanto é esta a conclusão que, aos médicos que não concordarem com eventual punição emanada do corpo clínico de uma instituição, é reservado o direito de recurso a ser interposto diretamente perante o Conselho Regional de Medicina.

Sobre a organização do corpo clínico, importante também destacar o papel da Comissão de Ética Médica na estrutura hospitalar, garantidora do cumprimento das normas do Código de Ética Médica, agindo como verdadeira representante dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina.

A Comissão de Ética Médica é eleita pelo corpo clínico e possui funções sindicantes, educativas e fiscalizadoras. Não pode ter qualquer subordinação à instituição onde esteja vinculada, atuando em conjunto com a diretoria clínica, como orientadora do corpo clínico no sentido do cumprimento das normas relacionadas à ética médica, bem como fiscalizando o exercício da atividade médica.

O artigo 14 da Resolução 1.657/2002 dispõe sobre a forma de eleição da Comissão de Ética Médica, no seguinte sentido:

Capítulo IV – Das eleições

Art. 14. A escolha dos membros das CEMs será feita mediante eleição direta, dela participando os médicos que compõem o corpo clínico do estabelecimento, conforme previsto no Regimento Interno do corpo clínico, inscritos na condição de médico em situação regular com o Conselho Regional de Medicina, ressalvado o determinado no artigo 9º do presente Regulamento.

Vê-se assim que a relação jurídica base do convívio entre médicos e instituições de saúde é repleta de nuances e peculiaridades próprias, regulamentadas por leis e normas específicas, reguladas de perto pelo conselho de classe e que, neste sentido, afastam-se dos princípios norteadores do Direito do Trabalho e da configuração do vínculo empregatício.

Neste diapasão, passa-se à análise detalhada dos elementos caracterizados do contrato de trabalho, conforme preceituação dos artigos 2º e 3º da CLT e sua harmonização com as normas específicas, atinentes à matéria.

2.1 DA ANÁLISE DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO NA RELAÇÃO MÉDICO-HOSPITAL

Sabe-se que a relação de emprego pressupõe requisitos que se encontram estampados no artigo 3º da CLT, conforme se depreende das lições do professor Maurício Godinho Delgado, *in* Introdução ao Direito do Trabalho, página 247, a seguir descritas:

“Os elementos fáticos-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não-eventualidade; d) efetuada, ainda, sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.”

O primeiro aspecto que merece observação é a celebração ou não de contrato de trabalho, de acordo com os ditames da CLT, entre médicos integrantes do corpo clínico e os hospitais nos quais desenvolvem suas atividades.

Os médicos, enquanto integrantes do corpo clínico, e, no exercício do ato médico, não celebram contrato de trabalho com os hospitais onde atuam, principalmente porque esses profissionais não querem estar à disposição do empregador, não abrem mão de sua autonomia, de seus horários e de sua não-exclusividade, uma vez que o interesse da maciça maioria, além do indiscutível interesse tributário, é trabalhar em diversos locais, sejam outros hospitais, clínicas ou no próprio consultório particular.

Vê-se que em algumas especialidades e, principalmente, quando da contratação de cooperativas, não há pessoalidade na prestação de serviços. Assim, exemplificadamente, quando um hospital contrata uma cooperativa de cirurgões cardíacos, extremamente especializados, para a prestação de serviços na área de hemodinâmica, não faz a escolha do profissional específico, mas tão somente preocupa-se em ter o serviço à disposição, com profissionais altamente capacitados para a assistência ao paciente. É, importante ressaltar mais uma vez que, segundo os preceitos do Código de Ética Médica, para que o profissional utilize das instalações de um nosocômio para o exercício do ato médico, sequer precisa ser parte integrante do corpo clínico daquela instituição.

Por outro lado, para que se configure a pessoalidade é imprescindível que se confirme que a prestação de serviços daquele profissional seja *intuitu personae*, ou seja, realizada somente em razão da pessoa, que não pode se fazer substituir. Definitivamente este não é o caso da grande maioria dos médicos que integram o corpo clínico das instituições.

Assim, neste aspecto, principalmente frente a uma medicina cada dia mais especializada, a relação médico-hospital deve ser analisada conforme as peculiaridades da prestação de serviços e da natureza da relação existente entre as partes, sob pena de cair na mesma vala que inúmeras outras relações, de fato, de natureza trabalhista.

A não eventualidade, por sua vez, traduz-se em um dos conceitos mais controversos do Direito do Trabalho. Percebe-se aqui que a perpetuação da relação de trabalho é importante para a configuração do vínculo empregatício.

A subordinação, elemento em que a doutrina e a jurisprudência acrescentam a

adjetivação hierárquica ou jurídica, consiste na sujeição do trabalhador ao comando do empregador, isto é, o trabalhador deve observância às ordens do empregador e a determinadas regras estabelecidas, podendo sofrer punições e proibições, constituindo-se, pois, em pedra basilar do contrato de trabalho.

Nos dizeres de Eduardo Gabriel Saad⁴:

“a relação de emprego não depende da vontade dos contratantes. Emerge da maneira como o trabalho é prestado, porque o contrato de trabalho é, na feliz expressão de Mario de La Cueva, um contrato-realidade. Ao serem analisadas as condições da prestação de serviços em relação aos elementos caracterizadores do vínculo de emprego, lembramos que o elemento subordinação é o mais importante. É ele o fiel que distingue com nitidez o contrato de trabalho dos contratos assemelhados”.

Fato é que os hospitais não celebram contrato de trabalho com os médicos integrantes do corpo clínico, não lhes determinam horário de trabalho, nem lhes exigem exclusividade de prestação de serviços. Sendo assim, não há prática laboratícia, não existindo os pressupostos necessários ao reconhecimento do vínculo empregatício nos moldes dos arts. 2º e 3º da CLT. Também não há tipicidade salarial, tampouco subordinação e prestação de serviços de caráter não eventual.

A título de exemplo, pode-se citar a existência da escala de plantão: a escala de plantão existe por uma exigência do CFM – Conselho Federal de Medicina, porém esta é elaborada de forma colegiada pelos próprios profissionais médicos, de acordo com a conveniência e disponibilidade de cada um, possuindo, os médicos, total autonomia para alterá-la ou mesmo se fazer substituir, sem qualquer interferência da instituição hospitalar. Além disso, os médicos possuem total autonomia para definição de horário e não estão obrigados a acatarem ordens do tomador na execução dos seus serviços, ressaltando-se apenas as normas gerais de organização do estabelecimento hospitalar.

E assim, do exame das particularidades da relação médico-hospital vê-se que o profissional não exerce suas atividades com subordinação à administração hospitalar, mas sim, à organização do corpo clínico que, através da diretoria clínica e da Comissão de Ética Médica eleita pelos próprios colegas são os responsáveis por advertir, punir e, até mesmo, excluir um médico do corpo da instituição de saúde, sendo vedada ao hospital, ou à sua diretoria técnica qualquer medida sancionatória neste sentido.

Quanto à onerosidade, cumpre esclarecer a respeito da forma de remuneração

4. SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT Comentada*. 31. ed. São Paulo: Ltr, 1999, p. 42-43:

destes profissionais na esmagadora maioria dos hospitais do Brasil. Assim, é necessário responder a duas perguntas: Como se dá a forma de repasse dos honorários médicos? Os honorários médicos podem ser confundidos com salário?

A relação de pagamentos a um determinado profissional médico demonstra, em regra, a inexistência de salários. O salário é a remuneração paga pelo empregador ao empregado, consistente na contraprestação pelo trabalho desempenhado durante 30 dias. É composto pelo salário direto e indireto, esse último traduzido em benefícios e utilidades.

Regra geral, os proventos recebidos pelos médicos, variam de acordo com a produção, com o número de atendimentos relacionados pelos profissionais em cada pessoa jurídica ou cooperativa e são pagos diretamente pelos convênios ou pelo Sistema Único de Saúde, e apenas repassados pelo hospital. Assim, nos períodos em que um determinado profissional produz grande número de atendimentos, recebe seus honorários proporcionais a estes atendimentos, de acordo com a tabela paga por cada um dos convênios ou pelo SUS.

Tanto assim o é que, em razão do fluxo de faturamento dos hospitais, caso um médico se desligue do corpo clínico de um hospital provavelmente continuará recebendo seus honorários por vários meses, considerando a demora no repasse aos hospitais, principalmente daqueles honorários provenientes do SUS – Sistema Único de Saúde.

Importante esclarecer também que qualquer procedimento, possui duas verbas como forma de remuneração: honorários médicos e honorários hospitalares. E esta forma de remuneração aplica-se tanto aos procedimentos remunerados pelo Sistema Único de Saúde quanto àqueles remunerados pelos mais diversos convênios.

Os honorários hospitalares destinam-se a remunerar separadamente os serviços hospitalares prestados, tais como diárias de internações, alimentação hospitalar, insumos hospitalares gastos nos procedimentos realizados e custo da mão de obra de suporte assistencial, aqui incluídos enfermeiros, técnicos em enfermagem e demais integrantes da equipe multidisciplinar.

Os honorários médicos, por sua vez, destinam-se a remunerar exclusivamente os médicos envolvidos em determinado atendimento ao paciente, não se confundindo em nada com os honorários hospitalares. Esta parte dos honorários é, em regra geral, repassada integralmente aos médicos integrantes do corpo clínico. Em alguns casos, como no caso das consultas ambulatoriais em que os médicos utilizam-se dos consultórios mantidos pelos hospitais é permitido e inclusive, justificável, que simbólico percentual dos honorários médicos seja retido pelos hospitais no intuito de remunerar a estrutura administrativa colocada à disposição daqueles.

Sendo assim, vê-se que não há que se falar em honorários médicos com

características salariais, não havendo qualquer respaldo à onerosidade como forma de caracterização de eventual vínculo empregatício.

E, neste aspecto, impossível caracterizar-se pretensão vínculo trabalhista entre médicos e hospitais uma vez demonstrada a ausência de qualquer subordinação jurídica ou hierárquica, ausência de salário, ausência de prestação de serviço *intuito personae*, na relação entre as partes. Nunca é demais lembrar que basta a ausência de um dos elementos configuradores do vínculo empregatício para declará-lo inexistente.

Para um eventual reconhecimento do vínculo empregatício, imprescindível que esteja demonstrada a existência de todos os requisitos da relação de emprego, sem exceção, pois, faltando um que seja desses pressupostos, descaracterizado está o vínculo, conforme entendimento da doutrina e jurisprudência.

3. DO FENÔMENO “PEJOTIZAÇÃO” E SUA NÃO APLICAÇÃO À RELAÇÃO MÉDICO-HOSPITAL.

Sabe-se que hoje, em praticamente todos os hospitais espalhados pelo Brasil, a formação do vínculo jurídico entre os médicos e as instituições ocorre através de pessoas jurídicas ou de cooperativas, lícitas e muito comuns nas áreas mais especializadas da medicina.

Outros profissionais médicos, não integrantes de pessoas jurídicas, utilizam-se dos hospitais para o exercício da profissão como pessoas físicas, ficando o pagamento condicionado a apresentação de RPA's – Requisições de Pagamento de Autônomo, com os valores do IR – Imposto de Renda e da contribuição previdenciária destacados.

O argumento da maioria dos médicos enquanto reclamantes, que pleiteiam o reconhecimento do vínculo trabalhista pela justiça do trabalho o fundamentam no instituto conhecido popularmente como pejotização. Alegam que para integrar o corpo clínico de uma instituição devem necessariamente constituir pessoas jurídicas sob pena de terem seu ingresso vedado.

A chamada pejotização adveio das hipóteses de terceirização de mão de obra relacionadas às atividades meio ou fim da pessoa jurídica tomadora de serviços. Sobre este assunto, o TST se posicionou através da súmula 331 e, recentemente, realizou um fórum de debate sobre a terceirização de mão de obra nos mais diversos setores de produção e prestação de serviços.

A pejotização nada mais é do que a interposição de pessoa jurídica para a contratação da prestação de serviços de pessoa física, inclusive dos serviços de natureza intelectual. Essa prática foi viabilizada pelo artigo 129 da Lei 11.196/2005, que determina que para fins previdenciários e fiscais, a prestação de serviços intelectuais, inclusive de natureza científica se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas.

Diz o artigo 129 da Lei 11.196/2005:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no artigo 50 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Frente à inovação legislativa e à crescente contratação de empresas prestadoras de serviços nas mais diversas áreas é necessário analisar a real situação do prestador de serviços, sua vulnerabilidade e a suposta precarização das relações de trabalho. Neste contexto pergunta-se: O médico pode ser equiparado ao trabalhador comum? Ao médico pode ser estabelecido o princípio do *in dubio pro misero* na sua forma mais simples? O conceito de hipossuficiente pode ser aplicado ao médico indistintamente?

Ora, não há qualquer dúvida de que um profissional médico, pelo grau de conhecimento e capacitação, não se enquadra no dogma da hipossuficiência generalizada.

Nunca é demais lembrar que, pela análise já feita anteriormente vê-se que os médicos pleiteiam o ingresso no corpo clínico de um hospital e não um emprego. Se para o ingresso no corpo clínico o poder de decisão está nas mãos do próprio grupo de médicos, não é outra a conclusão de que a suposta exigência para constituição de pessoa jurídica nada mais é que a própria intenção do profissional a quem não há dúvidas do expressivo benefício tributário aferido.

A jurisprudência tem enfrentado habitualmente a questão e, ainda não tem posicionamento definido sobre o tema. Porém, os mais expressivos tribunais trabalhistas do país tem se posicionado no sentido de que não há vínculo empregatício entre os médicos do corpo clínico e os hospitais em que prestam serviços.

Nesse sentido, destacam-se decisões do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região – Minas Gerais:

0123800-38.2009.5.03.0003 RO - Data de Publicação: 16-03-2010 - Órgão Julgador: Sétima Turma - Tema: RELAÇÃO DE EMPREGO – MÉDICO - Relator: Convocada Taísa Maria Macena de Lima - Revisor: Fernando Antônio Viégas Peixoto - EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO - MÉDICO PLANTONISTA - Da realidade fática que se extrai dos autos, outro caminho não há senão reconhecer que o reclamante, de fato, **trata-se de profissional que atua com acentuada liberdade, senhor do seu tempo e de sua força de trabalho, colocando-o à disposição de outras instituições**, mas não na qualidade de empregado, porquanto,

sem qualquer ingerência por parte da reclamada. Aludida situação afasta a hipótese de reconhecimento do vínculo de emprego como pretendido.

Também não é incomum, fiscais de tributos da União, da Receita Federal, em fiscalização nos hospitais, enquadrar como empregados, médicos integrantes do corpo clínico, sem subordinação direta aos hospitais. Esses agentes tributários fazem verdadeiro juízo de valor sobre a natureza da prestação de serviços e autuam as instituições por não recolherem como empregados as contribuições previdenciárias decorrentes da folha.

Neste sentido, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região se manifestou em sentença julgando Ação Anulatória de Notificação Fiscal, Processo 2003.38.00.009974-9/MG, *in verbis*:

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA Órgão Julgador: OITAVA TURMA - **Publicação: e-DJF1 p.326 de 20/11/2009** - Data da Decisão: 20/10/2009 - Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação do INSS e à remessa oficial.

Ementa: TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 7.787/89, ART. 3º, I E LEI Nº 8.212/91. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO COMPROVADO. AUTUAÇÃO ANULADA. 1. Merece ser mantida a sentença guerreada, que reconheceu a procedência do pedido de anulação de notificação, diante da inexistência de vínculo empregatício, reconhecida pela Justiça do Trabalho em relação a alguns dos médicos apontados pela fiscalização como sendo empregados pela autora (fls. 16/42), assim como porque “na falta de prova acerca dos requisitos necessários ao reconhecimento da relação de emprego, não há como subsistir a autuação realizada” (TRF-4ª Região, EINF 2004.04.01001784-1, Rel. Joel Ilan Paciornik, Primeira Seção, DJ 26/08/2009). 2. Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

O Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região também possui entendimentos nesse sentido:

SUPOSTA PEJOTIZAÇÃO - SOCIEDADE DE MÉDICOS CONSTITUÍDA PARA PRESTAR SERVIÇOS A HOSPITAL - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS FÁTICO-JURÍDICOS DA PESSOALIDADE, DO TRABALHO PRESTADO POR PESSOA FÍSICA E DA SUBORDINAÇÃO - REGULARIDADE - A pejotização designa situação na qual uma empresa busca fugir de suas responsabilidades trabalhistas, exigindo que seus empregados constituam pessoa jurídica autônoma como forma de mascarar as relações de emprego existentes. Entretanto, se resta comprovado que a pessoa jurídica foi constituída por profissionais liberais

(médicos) que prestavam serviços sem personalidade nem subordinação, é regular a prestação de serviços pela pessoa jurídica, não havendo que se cogitar de trabalho prestado diretamente pela pessoa física do trabalhador. Recursos ordinário e adesivo conhecidos e não-providos. (TRT-16ª R. - RORA 00070-2008-011-16-00-0 - Rel. Des. José Evandro de Souza - DJe 31.05.2010 - p. 2)

Desta forma, vê-se que não é razoável outro o entendimento que a não configuração da relação de natureza trabalhista entre médico e hospital.

4. CONCLUSÃO

Da narrativa anterior conclui-se, sem dificuldade, que o ato médico é atividade privativa do médico que não se confunde com as atividades hospitalares. Assim, para a exclusiva prática de ato médico, e a consequente viabilização do serviço hospitalar, a forma mais adequada, e, repita-se, a forma praticada em todo o país, é a contratação de cooperativas e clínicas médicas, lícitas, que disponibilizarão equipes de profissionais para a realização do ato médico.

Essas clínicas, regularmente constituídas e com fins lícitos possuem objeto social definido, direitos, obrigações, sócios, empregados e não possuem qualquer impedimento legal para a prestação de serviços.

Não se pode duvidar que o médico dispõe de ampla autonomia profissional, não estando assim jungido ao poder de direção do estabelecimento de saúde com relação à execução dos seus serviços. Aqueles, portanto, ao prestarem serviços médicos ao hospital, agem com autonomia, sem a configuração da relação empregatícia.

Posto isto, atribuir ao hospital os ônus decorrentes da atividade profissional do médico é tornar inviável os serviços hospitalares e também vulnerar toda a realidade fática que permeia beneficentemente a atividade profissional do médico. Não se pode admitir a distorção de uma realidade fática em que os próprios médicos tem interesse (até institucional diante das Resoluções dos Conselhos de Medicina) na sua manutenção, qual seja, a plena autonomia e ausência de subordinação na prestação dos seus serviços.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFIA

Projeto de Lei PL 7703/2006

Resolução Conselho Federal de Medicina n.º 1.481/97

Resolução Conselho Federal de Medicina n.º 1.657/2002

Resolução Conselho Federal de Medicina n.º 1.812/2007

Código de Ética Médica - Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1.931 de 17 de setembro de 2009

Processo Consulta 2.251/97 - PC/CFM/Nº 09/98

DELGADO, Maurício Godinho, in *Introdução ao Direito do Trabalho*, Editora LTR, página 247.

SAAD, Eduardo Gabriel, in *CLT Comentada*. 31. ed. São Paulo: Ltr, 1999;

CARRION, Valentin, in *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 33ª edição atualizada, Editora Saraiva, 2008;

MARTINS, Jomar – *Revista Consultor Jurídico* – 24/04/2011.

Pesquisa jurisprudencial em www.tst.jus.br; www.trt3.jus.br; www.trt16.jus.br; www.trf1.jus.br.



LIMITES E POSSIBILIDADES À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DA ÁREA DA SAÚDE QUE POSSUI EM SEUS QUADROS AGENTE PÚBLICO

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA



Pós-doutor em Direito Administrativo – Universidade de Coimbra • Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa • Professor de Direito Administrativo – USP (Largo São Francisco) • Coordenador do projeto “Estatuto Jurídico do Terceiro Setor”, do projeto Pensando o Direito (2008), desenvolvido pela secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL-MJ) em parceria com o PNUD (2008-2009) • Advogado e consultor em direito público e terceiro setor.

SUMÁRIO: 1. Consulta. 1.1 Introdução. 1.2. Quesitos. 1.2.1. Contextualização dos quesitos. 2. Parecer. 2.1. Parte I – Aspectos Gerais. 2.1.1. Aspectos gerais: as consultorias e os cirurgiões-dentistas. 2.1.2. Atividade de prestação de serviço: Regimes Jurídicos. 2.1.2.1. Atividade de prestação de serviços e suas relações com o Estado. 2.1.2.2. Cargo público perante a Faculdade de Odontologia da USP. 2.1.2.2.1. Afastamento de funcionários públicos disciplina jurídica. 2.1.2.3. Emprego Público perante o Hospital Universitário da USP. 2.1.3. Contratos de Direito Privado: Aspectos Fundamentais. 2.2. Parte II – Sócio da Empresa Y. 2.2.1. Sócio da Empresa Y e a Faculdade de Odontologia da USP. 2.2.2. Sócio da Empresa Y e o Hospital Universitário da USP. 2.2.3. Contratos de natureza privada firmados pela pessoa jurídica Empresa Y. 3. Sinalizações Finais. 3.1 Conclusão. 3.2 Respostas aos quesitos.

EMENTA: Direito Administrativo e Direito Civil. Servidor Público da Universidade de São Paulo – USP. Regime Jurídico. Vedações. Possibilidades de Contratação. Planos de Saúde. Contratação. Exercício das atividades de consultoria em materiais odontológicos.

1. CONSULTA

1.1 INTRODUÇÃO

A Empresa X, doravante “**CONSULENTE**”, pessoa jurídica de direito privado, com finalidade lucrativa, com sede no Estado de São Paulo, nos honra com consulta cuja finalidade é obter parecer jurídico sobre a possibilidade de contratação de profissionais vinculados à Faculdade de Odontologia da Universidade de São Paulo – **FOUSP** e ao Hospital Universitário da USP – **HU** para fins de execução de serviços de consultoria em técnicas e materiais ligados ao desempenho das atividades de odontologia.

Além disso, a Empresa X nos indaga sobre a viabilidade e circunstâncias de caráter jurídico que possam influenciar na contratação da empresa Empresa Y, que tem objeto social voltado para a prestação de serviços de consultoria na área da Odontologia, cujo sócio é profissional também ligado à Odontologia.

Para executar a tarefa que nos foi atribuída, elaboramos parecer composto de duas partes.

A primeira conta com uma análise do ordenamento jurídico nacional brasileiro e, em especial, das normas específicas relacionadas tanto ao exercício

da Odontologia, quanto ao regime jurídico aplicável aos servidores públicos do Estado de São Paulo que sejam docentes da USP e/ou profissionais do **Hospital Universitário**, de maneira genérica e abrangente.

Veja-se que, em razão da preferência da Empresa X por profissionais que estejam de alguma maneira relacionados com a Universidade de São Paulo - **USP**, as normas que compõem nossa opinião jurídica são aquelas cuja abrangência é nacional, as editadas pelo Estado de São Paulo e também as da **USP**, de forma que restam excluídas da nossa apreciação normas de lavra de outros entes da Federação, salvo nos casos de aplicação subsidiária. Normas jurídicas estrangeiras não serão analisadas para fins deste parecer.

O objetivo é verificar a existência de características e particularidades funcionais e/ou empregatícias que possam, de alguma sorte, influir no relacionamento entre a Empresa X e profissionais que sejam titulares de vínculos relacionais estabelecidos com a **FOUSP** e o **HU**.

Já a segunda parte é formada pelo estudo da situação específica da Empresa Y, considerando seus vínculos profissionais, atribuições, responsabilidades, direitos e deveres funcionais e suas particularidades.

Ao final faremos considerações finais e traremos ilações resultantes do confronto entre a situação do sócio da Empresa Y e os achados advindos dos estudos do ordenamento jurídico realizados na primeira parte.

Importante ressaltar que (i) não realizamos investigações independentes a respeito da existência de outras questões de natureza legal relacionados à **Empresa X**, suas características e atributos; e que (ii) este parecer foi elaborado sob premissas específicas, informações determinadas sobre a forma, a estrutura e os elementos apresentados pela **CONSULENTE**, de modo que se presta ao esclarecimento das questões jurídicas propostas pela **Empresa X** neste item, não se estendendo a outros questionamentos ou dúvidas que não estão contempladas no escopo deste trabalho, tampouco para entidades semelhantes, sem que sejam analisadas suas particularidades.

A data referência deste parecer é 06.02.2012, de forma que nele foram contemplados normas, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários vigentes e atualizados até a data referência.

1.2 QUESITOS

1.2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DOS QUESITOS

Antes de adentrarmos nas especificidades dos quesitos, apresentamos os dados contextuais que nos foram repassados pela Consultente.

A **Empresa X** deseja firmar contrato (doravante “Contrato de Consultoria”) com a **Empresa Y** que tem por objeto a prestação de serviços de consultoria, de forma que o sócio da Empresa Y prestaria seus serviços no desenvolvimento de atividades de planejamento, implementação, desenvolvimento e

operacionalização, com vistas a tornar operante o Projeto X.

Nesse sentido, a **Empresa X** seria responsável por pagar para a **Empresa Y** determinada quantia de recursos financeiros.

Segundo nos foi informado, **Empresa X** deverá comercializar guias cirúrgicos individualizados para determinadas cirurgias.

A proposta de consultoria é a implantação e viabilização do processo técnico para confecção dos guias.

Contudo, antes da celebração do Contrato de Consultoria, a **CONSULLENTE** deseja orientação técnica acerca da viabilidade jurídica e da existência de eventuais condicionantes, as quais de alguma maneira possam influir no objeto, na forma e na execução da contratação, uma vez que o sócio da Empresa Y é titular de situações funcionais e empregatícias específicas, cuja descrição pormenorizada segue abaixo.

Vejam os:

A) Da relação do sócio da Empresa Y com o **HU**:

- É Cirurgião-Dentista III da Divisão de Odontologia do **HU-USP**, atuando na área de Cirurgia e Traumatologia Bucomaxilofacial (CTB-MF) e cumprindo jornada de 24 horas semanais, sob o regime da CLT;
- Realiza procedimentos cirúrgicos nos quais são utilizados materiais diversos, incluindo os de osteossíntese (placas e parafusos), adquiridos de empresas fornecedoras indicadas pelos Cirurgiões-Dentistas e Diretor da Divisão de Odontologia;
- É Diretor Substituto da Divisão de Odontologia;
- Embora seja diretor substituto, nunca emitiu parecer sobre a qualidade de materiais das empresas fornecedoras, o que pode vir a ocorrer.
- Coordena o Programa de Residência em CTBMF;
- Não integra de Comissão de Licitação; e
- Não exerce função formal relacionada com aquisição de bens.
- Participa como membro (i) da Câmara de Pesquisa, Comissão de Cultura e Extensão e (ii) do Comitê de Ética em Pesquisa; além disso, preside a Comissão de Residência multiprofissional;

B) Da relação do sócio da Empresa Y com a **FOUSP**:

- É Professor Doutor da Disciplina de Cirurgia Odontológica e Bucoma-

xilofacial, do Departamento de Cirurgia Prótese e Traumatologia Maxilofaciais, cumprindo regime de 24 horas semanais, sob o regime de turno completo (RTC);

- Realiza procedimentos cirúrgicos sob anestesia local, nos quais não são utilizados materiais de osteossíntese fornecidos por empresas privadas;
- Não integra de Comissão de Licitação;
- Não exerce função formal relacionada com aquisição de bens;

C) Da relação do sócio da Empresa Y com particulares:

- Sócio-Diretor e Responsável Técnico da Empresa Y;
- Atende em consultório pacientes particulares e de convênios;
- Presta serviço na área de CTBMF a operadoras de planos de saúde e de planos odontológicos;
- Realiza procedimentos cirúrgicos em hospitais privados, em pacientes particulares e/ou que possuam convênio com operadoras de planos de saúde;
- Emite pareceres de consultas de segunda opinião, informando as operadoras de planos de saúde quanto à indicação de procedimentos cirúrgicos solicitados por outros cirurgiões e pertinência dos materiais por eles solicitados; e
- Emite laudos de exames de tomografia computadorizada e/ou ressonância magnética para serviços de diagnóstico por imagem.

Em face de todas essas situações, a **CONSULENTE** e o sócio da Empresa Y nos formulam os seguintes quesitos:

Há conflito de interesses na prestação da consultoria, considerando atuação do sócio da Empresa Y no **HU-USP** e influência na indicação de empresas para aquisição de materiais?

A interrupção do fornecimento de materiais pela **Empresa X** ao **HU-USP** previne algum tipo de conflito?

Durante quanto tempo deverá durar esta interrupção após o término do contrato de consultoria?

Deverá constar no contrato a proibição do fornecimento pela **Empresa X** ao **HU-USP**? Qual a consequência do não cumprimento desta cláusula (multa e encerramento do contrato, etc.)?

Há conflito no fornecimento a outros setores do **HU-USP**, por exemplo Ortopedia, nos quais a Divisão de Odontologia não apresenta nenhum tipo de influência?

Há conflito no fornecimento a outras Unidades da **USP** (por exemplo Hospital das Clínicas), e do Estado, nas quais o sócio da Empresa Y não tenha vínculo ou influência na aquisição de materiais?

É interessante constar em contrato que a **Empresa X** concorda que a consultoria seja prestada em horários diferentes da jornada do sócio da Empresa Y habitual na **USP**, não podendo exigir a presença em reuniões, congressos, eventos, etc. em horários conflitantes com esta jornada?

A **USP** permite a liberação da jornada habitual para a participação em Congressos e Reuniões Científicas, desde que seja de interesse à Instituição (afastamento sem prejuízo de vencimentos). Como está previsto na consultoria ministrar cursos em eventos científicos (geralmente os mesmos para os quais costumo pedir afastamento na **USP**), está prevista também a cobertura das despesas de viagem e inscrição pela **Empresa X**. Há conflito nessa situação? A **USP** deve ser informada no pedido de afastamento que as despesas de viagem serão cobertas pela **Empresa X**?

Há necessidade de informar o **HU-USP**, Faculdade de Odontologia e/ou Reitoria da **USP** sobre a consultoria?

Nos cursos, palestras e publicações científicas a consultoria deve ser por mim informada, como ocorre nos EUA (“disclosure” - vide normas americanas enviadas)?

O contrato e/ou seu conteúdo pode ser confidencial?

Há conflito na indicação da **Empresa X** como uma das três empresas fornecedoras nas minhas cirurgias de pacientes particulares e de convênio?

É interessante constar em contrato que a consultoria não prevê a obrigatoriedade de se solicitar/utilizar o material da **Empresa X** nas cirurgias do sócio da Empresa Y?

Há conflito na emissão de pareceres de segunda opinião emitidos pelo sócio da Empresa Y sobre a pertinência de materiais indicados por outros cirurgiões, considerando que dentre as três empresas por eles indicados a Empresa X possa estar relacionada?

Há necessidade de informar as operadoras de planos de saúde com as quais o sócio da Empresa Y trabalha sobre a consultoria?

Há conflito na apresentação de palestras aos auditores e administradores das operadoras sobre o assunto da consultoria?

Está previsto o fornecimento dos guias cirúrgicos para as cirurgias do

sócio da Empresa Y sem nenhum custo. Haveria conflito se a compra dos guias também fosse por ele solicitada às operadoras de planos de saúde?

Está prevista uma remuneração fixa mensal para a consultoria, o que parece adequado considerando a complexidade envolvida na implantação e desenvolvimento do projeto. Há conflito neste tipo de remuneração ao invés da remuneração por serviço específico prestado?

Em eventual contrato de consultoria assinado diretamente com a Empresa Z, empresa norte-americana fornecedora da Empresa X, valem as mesmas considerações feitas em relação à consultente?

Há algum conflito nessa consultoria, por exemplo, no afastamento para ministrar um curso? Como o sócio da Empresa Y deve proceder em situações semelhantes no futuro?

As vedações previstas no artigo 243, X, do Estatuto do Servidor Público do Estado de São Paulo e no artigo 168, XIV, do Estatuto do Servidor da USP aplicam-se à situação exposta?

Como subsídio à execução deste parecer, recebemos do sócio da **Empresa Y** os seguintes documentos:

- (i) Contrato Social da Empresa Y;
- (ii) Contrato de Prestação de Serviços Médicos celebrado entre a Empresa W e Empresa Y em fevereiro de 2005;
- (iii) Contrato de Referenciamento para Prestação de Serviços Auxiliares de Diagnóstico e Terapia e Clínicas Ambulatoriais, celebrado entre a Empresa W e Empresa Y, em 07/12/2009;
- (iv) Contrato de Prestação De Serviços – Clínicas, e dois anexos, celebrados entre a Empresa U e a Empresa Y, em 01/02/2008;
- (v) Termo de adesão ao instrumento particular de referenciamento médico-hospitalar, datado de 17/10/2007;
- (vi) Contrato de prestação de serviços firmado entre a Empresa Y e a Empresa U, para avaliação da segunda opinião, datado de 1º de julho de 2011;
- (vii) Regimento da Câmara de pesquisa do **Hospital Universitário** da Universidade de São Paulo [CPesq], datado de 17/10/2005;
- (viii) Regimento da Comissão de Cultura e Extensão Universitária do **Hospital Universitário** da USP, aprovado na reunião do Conselho Deliberativo de 30/11/11;

(ix) PARECER CERT n° 801/09, da Comissão Especial de Regimes de Trabalho da Universidade de São Paulo, que aprova a mudança do regime de trabalho do sócio da Empresa Y do RDIDP para o RTC, datado de 15 de abril de 2009, com certidões de publicação no Diário Oficial;

(x) Impresso do sistema de informática da Universidade de São Paulo, obtido em 16/12/2011, o qual demonstra que o sócio da Empresa Y é professor doutor da **Faculdade de Odontologia** e celetista no **Hospital Universitário**;

(xi) Impressos do sistema informatizado da **USP** demonstrando o histórico de provimentos tanto no **HU** quanto na **FOUSP**.

Para a elaboração do parecer foram utilizadas, principalmente, as seguintes normas:

- (i) Decreto-Lei n° 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho – “CLT”);
- (ii) Portaria USP GR - n° 239/66 (Estatuto dos servidores da USP);¹
- (iii) Lei Federal n° 5.081/66 (Regula o exercício da Odontologia);
- (iv) Lei Complementar do Estado de São Paulo n° 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado);
- (v) Decreto do Estado de São Paulo n° 52.322/69 (Regulamenta os artigos 68 e 69 da Lei n° 10.261, de 28-10-68, que dispõem sobre afastamento de funcionários para participação em congressos e outros certames culturais, técnicos ou científicos, missão ou estudo de interesse do serviço público);
- (vi) Constituição Federal de 1988;
- (vii) Resolução USP n° 3.461/88 (Baixa o Estatuto da Universidade de São Paulo);
- (viii) Resolução USP n° 3532/89 (Estabelece normas sobre afastamento de docentes e pesquisadores);
- (ix) Resolução USP n° 3.533/89 (Regulamenta os Regimes de Trabalho docentes);
- (x) Lei Federal n° 8.112/96 (Dispõe sobre o regime jurídico dos ser-

1. Ao longo dos seus mais de quarenta anos de vigência, seu texto recebeu diversas alterações e modificações. Atualmente, parte foi revogada e alguns trechos permanecem em vigor. Em face desse cenário, traremos para este parecer apenas as disposições mais relevantes e que ainda vigoram. **Importante ressaltar que essa norma regula as relações jurídicas de emprego existentes entre a Universidade de São Paulo e seus servidores técnicos e administrativos, excluídos os docentes.**

vidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais);

(xi) Resolução USP nº 4.886/01 (Baixa o Regimento do Hospital Universitário da Universidade de São Paulo);

(xii) Resolução USP nº 4.871/01 (Código de Ética da Universidade de São Paulo, anexo a esta Resolução);

(xiii) Lei Federal nº 10.406/02 (Código Civil); e

(xiv) Resolução do Conselho Federal de Odontologia nº 71/06 (Código de Ética Odontológica).

2. PARECER

Para atender ao solicitado pela **CONSULENTE**, trabalharemos aspectos gerais aos quais o exercício da atividade da Odontologia está submetido. Em um segundo momento serão enfrentadas as especificidades da situação do sócio da Empresa Y e as repostas aos quesitos.

Vejamos.

2.1 PARTE I – ASPECTOS GERAIS

2.1.1 ASPECTOS GERAIS: AS CONSULTORIAS E OS CIRURGIÕES-DENTISTAS

Como ponto de partida para o nosso estudo, consideramos relevante analisar se os cirurgiões-dentistas estão juridicamente aptos para desenvolver serviços de consultoria e, também, verificar em que medida essa consultoria poderá ser executada.

Embora o exercício de qualquer profissão seja livre², em razão da sua alta relevância social, algumas foram regulamentadas, dentre as quais está a Odontologia, que tem sido objeto de regulamentação desde a primeira metade do Século XX.

Atualmente, o exercício da Odontologia encontra-se regulado pela Lei Federal nº 5.081/66. Esse diploma prevê, em seu art. 6º, que compete ao cirurgião-dentista o seguinte:

Art. 6º - Compete ao cirurgião-dentista:

I - praticar todos os atos pertinentes à Odontologia, decorrentes de conhecimentos adquiridos em curso regular ou em cursos de pós-graduação;

II - prescrever e aplicar especialidades farmacêuticas de uso interno e

2. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

externo, indicadas em Odontologia;

III - atestar, no setor de sua atividade profissional, estados mórbidos e outros, inclusive, para justificação de faltas ao emprego;

IV - proceder à perícia odontolegal em foro civil, criminal, trabalhista e em sede administrativa;

V - aplicar anestesia local e truncular;

VI - empregar a analgesia e hipnose, desde que comprovadamente habilitado, quando constituírem meios eficazes para o tratamento.

VII - manter, anexo ao consultório, laboratório de prótese, aparelhagem e instalação adequadas para pesquisas e análises clínicas, relacionadas com os casos específicos de sua especialidade, bem como aparelhos de Raios X, para diagnóstico, e aparelhagem de fisioterapia;

VIII - prescrever e aplicar medicação de urgência no caso de acidentes graves que comprometam a vida e a saúde do paciente;

IX - utilizar, no exercício da função de perito-odontólogo, em casos de necropsia, as vias de acesso do pescoço e da cabeça.

Na sequência, o art. 7º da mesma Lei consigna quais são os limites do exercício da Odontologia por meio do estabelecimento de vedações. Vejamos:

Art. 7º - É vedado ao cirurgião-dentista:

- a) expor em público trabalhos odontológicos e usar de artifícios de propaganda para granjear clientela;
- b) anunciar cura de determinadas doenças, para as quais não haja tratamento eficaz;
- c) exercício de mais de duas especialidades;
- d) consultas mediante correspondência, rádio, televisão, ou meios semelhantes;
- e) prestação de serviço gratuito em consultórios particulares;
- f) divulgar benefícios recebidos de clientes;
- g) anunciar preços de serviços, modalidades de pagamento e outras formas de comercialização da clínica que signifiquem competição desleal.

Podemos inferir, da combinação desses dispositivos, que o exercício de

atividades de consultoria se enquadra na cláusula genérica prevista no art. 6º, inciso I, da Lei Federal nº 5.081/66: *“praticar todos os atos pertinentes à Odontologia, decorrentes de conhecimentos adquiridos em curso regular ou em cursos de pós-graduação”*.

Isso porque a consultoria voltada para o desenvolvimento de métodos que possam facilitar tratamentos tanto do ponto de vista do paciente quanto do ponto de vista do técnico são, inarredavelmente, pertinentes à Odontologia.

Há que se ter em mente que o desenvolvimento de atividades de consultoria consiste em uma das diversas expressões dessa prática profissional, de forma que está vinculado às vedações do exercício da Odontologia previstos no art. 7º da Lei Federal nº 5.081/66.

Além disso, o Código de Ética Odontológica³ dispõe que:

Art. 3º. Constituem direitos fundamentais dos profissionais inscritos, segundo suas atribuições específicas:

I. diagnosticar, **planejar e executar tratamentos**, com liberdade de convivência, nos limites de suas atribuições, observados o estado atual da ciência e sua dignidade profissional; (grifamos).

Uma vez que o planejamento e a execução de tratamentos constituem um direito daqueles que são oficialmente habilitados para o exercício da odontologia, a consultoria que se der com fulcro nesse mister é plenamente válida, ainda que seja voltada para determinada técnica de tratamento.

Veja-se que o desenvolvimento de novos tratamentos e técnicas de diagnóstico consiste em um conjunto de atividades cuja execução redunde no cumprimento de um dos deveres do cirurgião-dentista. Com relação a esse particular, vejamos o art. 5º do Código de Ética Odontológica:

Art. 5º. Constituem deveres fundamentais dos profissionais e entidades de Odontologia:

(...)

VII. promover a saúde coletiva no desempenho de suas funções, cargos e cidadania, independentemente de exercer a profissão no setor público ou privado;

Como resultado da leitura conjunta dos dispositivos aqui colacionados, podemos afirmar que é lícito aos cirurgiões-dentistas praticar atividades de consultoria, desde que sejam respeitadas as vedações legais.

3. Resolução do Conselho Federal de Odontologia nº 71/06.

2.1.2 ATIVIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO: REGIMES JURÍDICOS

As pessoas físicas podem desempenhar tarefas em troca de remuneração. Essas relações podem ocorrer de diversas maneiras e perante uma pluralidade de sujeitos.

Assim, podemos prestar serviços para outras pessoas físicas e jurídicas, como as empresas, associações e também para a Administração Pública.

Contudo, as relações nas quais alguém fornece sua força de trabalho para outro sujeito em troca de determinada remuneração estão revestidas, no direito brasileiro, por diversos regimes jurídicos distintos.

Uma vez que nosso país detém múltiplas realidades coincidentes, houve o surgimento de diversos regimes jurídicos de proteção para quem trabalha e para quem remunera, com base nas características de cada situação.

Isso significa que não existe um regime jurídico único que esteja presente em todas as formas de relação entre aqueles que emprestam sua força de trabalho e aqueles que a recebem.

Sendo assim, por exemplo, temos as relações de emprego, regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho⁴, as relações estatutárias, que regem as relações entre os titulares de cargos públicos e as pessoas jurídicas de direito público, os regimes especiais, como aqueles aplicáveis aos trabalhadores rurais, estivadores e às diaristas, dentre outros.

O objetivo deste capítulo é esclarecer quais são os principais contornos dos regimes jurídicos cuja aplicabilidade é mais comum quando se trata do desempenho das atividades de cirurgião-dentista, ou seja: (i) regime de cargos estatutários, (ii) o regime de emprego público e (iii) o regime de direito privado relativo aos contratos de prestação de serviços perante empresas relacionadas com a oferta de planos de saúde, bem como pacientes via contratação direta.

2.1.2.1 ATIVIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E SUAS RELAÇÕES COM O ESTADO

Conforme nos foi informado, a **Consulente** pretende receber o resultado de consultorias desempenhadas por cirurgiões-dentistas voltadas a viabilizar o projeto empresarial em análise.

Tais cirurgiões-dentistas podem prestar a sua consultoria de maneira direta, por meio da contratação da pessoa física ou, alternativamente, pela contratação de uma pessoa jurídica que possua nos seus quadros profissionais aptos a desenvolver atividades de consultoria.

Contudo, tais profissionais fazem parte dos quadros funcionais da **FOUSP** e do **HU**, entidades públicas sujeitas ao regime jurídico de direito público.

A partir de análise das normas aplicáveis, constata-se que, perante à **FOUSP**, os profissionais são titulares de *cargos públicos*, ao passo que perante

4. Decreto-Lei nº 5.452/43.

o **HU** os profissionais são titulares de *empregos públicos*.

Em face desse cenário, cumpre investigar se a condição de servidor da **USP** e de empregado do **HU** pode, de alguma maneira, repercutir na contratação pela **Empresa X** da Empresa Y, empresa que possui em seus quadros um cirurgião-dentista que é empregado do **HU** e funcionário da **FOUSP**.

Interessa então estudar os principais aspectos relacionados com o *regime jurídico dos servidores e empregados das entidades de direito público no âmbito do Estado de São Paulo*, no sentido de verificar quais são os principais aspectos que envolvem cada uma das situações.

Nesse sentido, analisaremos as características dos chamados *cargos públicos e, após, dos empregos públicos*.

Vejamos.

2.1.2.2 CARGO PÚBLICO PERANTE A FACULDADE DE ODONTOLOGIA DA USP

É necessário compreender o sentido de cargo público uma vez que o Estatuto da Universidade de São Paulo, em seu artigo 76, § 1º, dispõe que “*a categoria inicial, de Professor Doutor, e a final, de Professor Titular, constituem cargos*”.

A busca do significado de cargo público remete à leitura do artigo 4º da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo): Artigo 4º - Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário.

Ocorre que, se tomado no sentido estrito da Lei, o conceito de cargo público acima transcrito é impreciso.

Ao comentar o art. 3º da Lei Federal nº 8.112/96⁵, cuja redação é muito similar ao art. 4º da mencionada Lei paulista, a doutrina faz grandes críticas, uma vez que “*cargo não é um conjunto de atribuições; cargo é uma célula, um lugar dentro da organização*”⁶.

Corrigindo a inadequação do texto legal, tem-se que cargo público corresponde a um “*lugar dentro da Administração direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente*”⁷.

5. Apenas a título de complementação, vale lembrar do art. 3º da Lei Federal nº 8.112/90, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Nesse artigo, lê-se:

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

6. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 557.

7. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p.557.

Por função pública, cabe dizer, deve-se admitir o “conjunto de atividades a serem desempenhadas pelo servidor público, que deverão estar legalmente explicitadas, ordenadas, especializadas e coordenadas, de modo a suprirem as necessidades operativas do serviço público”⁸.

Deve-se manter firme a diferenciação entre *cargo e função*, sendo o cargo um lugar na organização da Administração, enquanto a função é um conjunto de atribuições cometidas ao ocupante do cargo. No mais, pode haver função sem cargo, mas nunca um cargo sem função.

A pessoa física que ocupa determinado cargo na Administração Pública caracteriza-se como *servidor público estatutário*. Isso significa que as especificidades dessa relação (dita estatutária) obedecem a ditames estabelecidos em lei ou em diploma equivalente, denominado estatuto. Disso se depreende que características da relação entre Administração e servidor público não se alteram de acordo com a pessoa, mas são padronizadas de acordo com o lugar a ser ocupado no âmbito da Administração e com a função a ser desempenhada, sendo que um conjunto de regras tende a ser aplicado igualmente a uma série de relações de mesma natureza.

Oportuno frisar que a doutrina elenca uma diversidade de deveres que recaem sobre o servidor público. Aproveitando a linha de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹, esses deveres podem ser classificados como deveres internos e deveres externos. Os internos seriam: lealdade, obediência, assiduidade, dedicação ao serviço, sigilo, residência, urbanidade e probidade; os externos, por sua vez, seriam: boa conduta, sujeição aos impedimentos funcionais e proibição de intermediação.

Marcello Caetano nos oferece brilhante lição acerca dos deveres do funcionário público, merecendo atenção principalmente as palavras sobre o dever de probidade:

O funcionário público deve servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

O dever de proceder com probidade manifesta-se especialmente nos aspectos seguintes: (...)

b) no dever de não tomar interesse, diretamente ou por interposta pessoa, em contrato a celebrar com a entidade de que sejam serventuários ou em negócio que dela dependa, particularmente se em razão das suas funções

8. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 327.

9. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 357.

puder influir nas decisões dessa entidade; (...)

g) no dever de não actuar como procurador ou intermediário de particulares junto dos serviços a que esteja adstrito;

h) no dever de não aceitar homenagens de subalternos ou prestadas ou promovidas por particulares com interesses dependentes do serviço a que pertença, salvo quando deixe de exercer o cargo por transferência para outra localidade ou por motivo de aposentação.

O dever de probidade impõe assim ao funcionário uma conduta de absoluta isenção, de modo a que não seja suspeito de prevaricar, de deixar-se corromper ou de por outro modo ser infiel à entidade servida e aos interesses gerais que lhe cumpre realizar e defender.¹⁰

Concentrando-se na legislação local, cumpre analisar parcela da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 10.261/68, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, e arrola uma série de proibições¹¹, dentre as quais:

Artigo 242 - Ao funcionário é proibido:

I - referir-se depreciativamente, em informação, parecer ou despacho, ou pela imprensa, ou qualquer meio de divulgação, às autoridades constituídas e aos

10. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, vol. II. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 749.

11. No que se refere aos empregados da USP, a Portaria USP GR - nº 239/66 contém texto extremamente semelhante ao da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 10.261/68. Vejamos como essa norma trata do tema:

"Artigo 168 – Ao servidor é proibido:

- I – retirar, sem prévia permissão da autoridade competente, qualquer documento ou objeto existente na repartição;
- II – entreter-se, durante as horas de trabalho, em atividades estranhas ao serviço;
- III – deixar de comparecer ao serviço sem causa justificável;
- IV – atender a pessoa na repartição, para tratar de assuntos particulares;
- V – promover manifestações de apreço ou desapeço dentro da repartição, ou tornar-se solidário com elas;
- VI – exercer comércio entre os companheiros de serviço;
- VII – deixar de representar sobre ato ilegal cujo cumprimento lhe caiba;
- VIII – empregar material do serviço público em serviço particular;
- IX – firmar contratos de natureza comercial ou industrial com o Estado ou a Universidade;
- X – participar da gerência ou administração de empresas, que mantenham relações comerciais ou administrativas com o Estado ou com a Universidade;
- XI – incitar greves no serviço público ou a elas aderir;
- XII – praticar atos de sabotagem contra a Administração;
- XIII – constituir-se procurador de partes ou servir de intermediário perante qualquer repartição pública, exceto se se tratar de interesses de parente até o terceiro grau;
- XIV – receber qualquer proveito de firmas fornecedoras;
- XV – valer-se de sua qualidade de servidor para lograr, direta ou indiretamente, qualquer proveito;
- XVI – sindicalizar-se."

atos da Administração, podendo, porém, em trabalho devidamente assinado, apreciá-los sob o aspecto doutrinário e da organização e eficiência do serviço;

II - retirar, sem prévia permissão da autoridade competente, qualquer documento ou objeto existente na repartição;

III - entreter -se, durante as horas de trabalho, em palestras, leituras ou outras atividades estranhas ao serviço;

IV - deixar de comparecer ao serviço sem causa justificada;

V - tratar de interesses particulares na repartição;

VI - promover manifestações de apreço ou desapeço dentro da repartição, ou tornar-se solidário com elas;

VII - exercer comércio entre os companheiros de serviço, promover ou subscrever listas de donativos dentro da repartição; e

VIII - empregar material do serviço público em serviço particular.

Artigo 243 - É proibido ainda, ao funcionário:

I - fazer contratos de natureza comercial e industrial com o Governo, por si, ou como representante de outrem;

II - participar da gerência ou administração de empresas bancárias ou industriais, ou de sociedades comerciais, que mantenham relações comerciais ou administrativas com o Governo do Estado, sejam por este subvencionadas ou estejam diretamente relacionadas com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado;

III - requerer ou promover a concessão de privilégios, garantias de juros ou outros favores semelhantes, federais, estaduais ou municipais, exceto privilégio de invenção própria;

IV - exercer, mesmo fora das horas de trabalho, emprego ou função em empresas, estabelecimentos ou instituições que tenham relações com o Governo, em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado;

V - aceitar representação de Estado estrangeiro, sem autorização do Presidente da República;

VI - comerciar ou ter parte em sociedades comerciais nas condições mencionadas no item II deste artigo, podendo, em qualquer caso, ser acionista, quotista ou comanditário;

VII - incitar greves ou a elas aderir, ou praticar atos de sabotagem contra o serviço público;

VIII - praticar a usura;

IX - constituir-se procurador de partes ou servir de intermediário perante qualquer repartição pública, exceto quando se tratar de interesse de cônjuge ou parente até segundo grau;

X - receber estipêndios de firmas fornecedoras ou de entidades fiscalizadas, no país, ou no estrangeiro, mesmo quando estiver em missão referente à compra de material ou fiscalização de qualquer natureza;

XI - valer-se de sua qualidade de funcionário para desempenhar atividade estranha às funções ou para lograr, direta ou indiretamente, qualquer proveito; e

XII - fundar sindicato de funcionários ou deles fazer parte.

Parágrafo único - Não está compreendida na proibição dos itens II e VI deste artigo, a participação do funcionário em sociedades em que o Estado seja acionista, bem assim na direção ou gerência de cooperativas e associações de classe, ou como seu sócio.

Artigo 244 – É vedado ao funcionário trabalhar sob as ordens imediatas de parentes, até segundo grau, salvo quando se tratar de função de confiança e livre escolha, não podendo exceder a 2 (dois) o número de auxiliares nessas condições.

Pois bem.

Além das normas previstas na Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 10.261/68, os titulares de cargos junto à **USP** estão sujeitos ao Código de Ética da **USP**, aprovado pela Resolução **USP** nº 4.871/01.

Trata-se de um conjunto de normas voltado para que a **USP** e a suas unidades e órgãos sejam permeados por comportamentos probos e retos.

Importante ressaltar que, ao contrário do que consta no senso comum, as infrações éticas podem motivar efetiva aplicação de sanções aos infratores. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹², estudioso do direito público, considera o seguinte:

No Direito Administrativo, porém, inclusive com repercussão na esfera Penal, a tutela da ética se faz com extrema intensidade. Anulam-se atos lesivos à moralidade, integram-se normas com base no princípio da probidade administrativa, pune-se por violar o Código de Ética do Servidor Público.

As disposições constantes do Código de Ética apresentam um texto

12. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Ética e Direito. Cisão necessária e relação de complementaridade. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, nº 97, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56868>>. Acesso em: 11 janeiro 2012.

abrangente e amplo.

Isso se dá uma vez que suas disposições devem permear toda e qualquer relação interna e externa aos membros da **USP** que estiverem envolvidos.

Vejam as principais disposições dessa resolução:

Artigo 7º - Os membros da Universidade devem abster-se de:

I - valer-se de sua posição funcional ou acadêmica para obter vantagens pessoais e para patrocinar interesses estranhos às atividades acadêmicas;

II - declarar qualificação funcional ou acadêmica que não possuam ou utilizar títulos genéricos que possam induzir a erro;

III - fazer uso de mandato representativo de categoria para auferir benefícios próprios ou para exercer atos que prejudiquem os interesses da Universidade;

IV - divulgar informações de maneira sensacionalista, promocional ou inverídica;

V - comentar fatos cuja veracidade e procedência não tenham sido confirmadas ou identificadas. (Grifamos)

Além dessa disposição, o Código de Ética trata especificamente da questão do conflito de interesses, conforme abaixo:

Artigo 11 - O servidor deve evitar qualquer conflito entre os seus interesses pessoais e os interesses da Universidade, especialmente em situações nas quais haja:

I - conflito de interesses na alocação de tempo e esforços em atividades não universitárias;

II - conflito de interesses entre a universidade e instituições públicas e privadas;

III - relacionamento pessoal ou profissional do servidor com instituições fornecedoras da Universidade. (Grifamos)

No que se refere à aquisição de bens e serviços, o Código de Ética da **USP** consigna:

Artigo 12 - Nenhum servidor docente ou não-docente deve participar de decisões que envolvam a seleção, contratação, promoção ou rescisão de contrato, pela Universidade, de membro de sua família

ou de pessoa com quem tenha relações que comprometam julgamento isento.

Artigo 13 - Nenhum servidor docente ou não-docente deve participar de decisões relacionadas a atribuição de carga didática, uso de espaço ou material didático e científico na Universidade, a qualquer título, para familiar ou pessoa com quem tenha relações que comprometam julgamento isento. (Grifamos)

Já no que toca a atividade de pesquisa, temos o seguinte:

Artigo 27 - No desenvolvimento de atividades de pesquisa, o docente deve assegurar-se de que:

I - os métodos utilizados são adequados e compatíveis com as normas éticas estabelecidas em seu campo de trabalho e das quais deve ter pleno conhecimento;

II - os objetivos do projeto são cientificamente válidos, justificando o investimento de recursos e tempo;

III - os objetivos da pesquisa e a divulgação dos seus resultados devem ser públicos, salvo nas hipóteses devidamente justificadas por razões estratégicas de interesse público;

IV - dispõe das condições necessárias para realizar o projeto;

V - as conclusões são coerentes com os resultados e levam em conta as limitações dos métodos e técnicas utilizadas;

VI - na apresentação e publicação dos resultados e conclusões é dado crédito a colaboradores e outros pesquisadores, cujos trabalhos se relacionem com o seu ou que tenham contribuído com informações ou sugestões relevantes, bem como à Universidade de São Paulo;

VII - tratando-se de pesquisa envolvendo pessoas, individuais ou coletivas, são respeitados os princípios estabelecidos nas declarações e convenções sobre Direitos Humanos, na Constituição Federal e na legislação específica;

VIII - é vedado ao docente e ao pesquisador utilizar recursos destinados ao financiamento de pesquisa em benefício próprio ou de terceiros ou com desvio de finalidade. (Grifamos)

Podemos sintetizar as vedações aqui apresentadas em uma ideia central: as normas buscam a preservação do patrimônio (bens materiais, acadêmicos, científicos e etc.) do Estado de São Paulo e da **USP** em face daqueles funcionários que, de alguma forma, possam utilizar tais bens em proveito próprio.

Diante do analisado, ainda que as normas principiológicas acima possibilitem interpretações diversas, verificamos que não se caracteriza impedimento à contratação da Empresa Y pela **Empresa X** na forma indicada.

2.1.2.1.1 AFASTAMENTOS DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS: DISCIPLINA JURÍDICA

A Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 10.261/68 contém a seguinte disposição:

Artigo 69 - Os afastamentos de funcionários para participação em congressos e outros certames culturais, técnicos ou científicos, poderão ser autorizados pelo Governador, na forma estabelecida em regulamento.

Dáí temos que o afastamento para participação em congressos e outros certames de servidores públicos é permitido e se processa na forma do regulamento.

O mencionado regulamento¹³, o Decreto do Estado de São Paulo nº 52.322/69, estabelece em seu art. 2º¹⁴ que o afastamento de funcionários para participar em congressos e outros certames culturais, técnicos ou científicos

13. Antes da edição do mencionado Decreto, o Estatuto dos Servidores da USP, (Portaria USP GR - nº 239/66) já continha uma disciplina similar focada no pessoal não-docente. Vejamos:

“Artigo 135 – Poderá ser concedido afastamento ao servidor, no caso de haver correspondência entre suas atribuições e o motivo do afastamento:

I – quando contemplado com bolsa de estudos concedida por Governos ou instituições nacionais ou estrangeiras;

II – que deva, oficialmente, fazer conferências ou dar cursos;

III – convidado a integrar Comissões Julgadoras de concurso para provimento de funções docentes em estabelecimentos oficiais de ensino superior;

IV – para participar de Congressos, quando a matéria a ser debatida for de interesse relevante para a Administração.

§1º - O servidor deverá, dentro de trinta dias após reassumir o exercício, apresentar relatório das atividades realizadas, sob pena de suspensão do salário.

§2º - Se o relatório demonstrar que a atividade do servidor não redundou em vantagem para o serviço, o afastamento será tornado sem efeito, considerados como faltas, para todos os efeitos, os dias de ausência.

§3º - Se o afastamento for por prazo superior a três meses, e sem prejuízo do salário, o servidor assinará, antes de interromper o exercício, termo de compromisso pelo qual se obrigará a permanecer na função por dois anos, no mínimo, após o término do afastamento, sob pena de restituir importância equivalente a que houver recebido durante o respectivo período.

§4º - O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos afastamentos havidos por determinação da própria Administração.

§5º - Nenhum servidor poderá permanecer afastado nos termos do presente artigo por mais de trinta meses.”

14. Decreto do Estado de São Paulo nº 52.322/69: Artigo 2º - O pedido para autorização do afastamento previsto no artigo anterior poderá ser formulado pelas autoridades promotoras de congresso ou do certame, pelos dirigentes dos órgãos administrativos ou pelos funcionários, quando houver relevante interesse para o serviço público.

depende de um requisito fundamental: a **existência de relevante interesse para o serviço público**.

Veja-se que, nos termos do Decreto do Estado de São Paulo nº 52.322/69 (art. 3º, inciso V), em regra o funcionário não poderá se afastar mais do que 60 (sessenta) dias no mesmo ano¹⁵.

Somada a essa disposição, a Resolução **USP** nº 3532/89¹⁶, cujo conteúdo é voltado especificamente para os docentes da USP, prevê que os afastamentos poderão ser autorizados desde que haja **afinidade entre as atribuições do docente e as atividades a serem desenvolvidas**.

Além disso, nos termos do § 2º do art. 2º, os afastamentos voltados para (i) exercício de leitorados no exterior, (ii) exercício de magistério na categoria de professor visitante em instituição de ensino superior, **(iii) ministração de cursos ou conferências**, (iv) prestação de serviços à comunidade e (v) atendimento de compromissos decorrentes de convênios aprovados pela Comissão de Orçamento e Patrimônio **somente serão concedidos quando houver solicitação da Instituição ou da organização interessada**.

Da conjunção das duas normas, temos que é possível o afastamento de um docente da USP que, como foi visto, está sujeito às normas do Governo do Estado de São Paulo e às normas da **USP desde que o evento atenda de maneira simultânea os seguintes requisitos**: (i) verificar caráter científico/acadêmico; (ii) estar relacionado com as disciplinas ministradas pelo docente; (iii) se reverta em benefício para o serviço público; e (iv) o docente tenha sido convidado pela instituição organizadora.

Após a participação no evento, por força do art. 5º do Decreto do Estado de São Paulo nº 52.322/69 cumulada com o art. 10 da Resolução **USP** nº 3532/89, é necessário que o beneficiado apresente relatório pormenorizado das atividades realizadas durante o período de afastamento.

2.1.2.3 EMPREGO PÚBLICO PERANTE O HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DA USP

A abordagem do tema do emprego público se justifica uma vez que o Regimento do Hospital Universitário da Universidade de São Paulo prevê,

15. No mesmo sentido, há o art. 4º da Resolução USP nº 3532/89 também trata do assunto: Artigo 4º - Todos os pedidos de afastamentos por período igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias serão acompanhados de termo de compromisso pelo qual o interessado se obriga a permanecer na USP, após seu retorno, pelo menos no mesmo regime de trabalho que prevalecer durante o afastamento e por prazo não inferior ao que lhe foi concedido.

16. Resolução USP nº 3532/89: Artigo 2º - Os afastamentos poderão ser autorizados, desde que haja afinidade entre as atribuições do docente e as atividades a serem desenvolvidas, para a realização dos seguintes objetivos:

VI - ministração de cursos ou conferências;

em seu art. 38, que “*os servidores do HU ficarão sujeitos ao regime jurídico da CLT ou outro que vier a ser estabelecido pela Universidade*”.

Conforme foi visto acima, as pessoas jurídicas de direito público podem designar pessoas físicas para que ocupem cargos públicos, nos quais desempenham atividades em nome da Administração Pública.

Contudo, em outras situações, determinadas normas possibilitam que entidades que fazem parte da Administração Pública possam contratar pessoas físicas por meio da figura do emprego público, o que pressupõe o desempenho de uma função desprovida da ocupação de um cargo.

Assim, aqueles que desempenham funções perante o HU fazem parte de uma relação regida pela Consolidação das Leis do Trabalho e por normas de direito público da pessoa política, da entidade e do órgão contratante.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ ensina que:

Logo, o que se há de concluir é que, embora o regime de cargo tenha que ser o normal, o dominante, na Administração direta, autarquias e fundações de Direito Público há casos em que o regime trabalhista (nunca puro, mas afetado, tal como se averbou inicialmente, pela interferência de determinados preceitos de Direito Público) é admissível para o desempenho de algumas atividades; aquelas cujo desempenho sob regime laboral *não compromete os objetivos que impõe a adoção do regime estatutário como normal, o dominante.*

(Grifos do autor)

Desta feita, o regime jurídico do empregado público é composto daquilo que prevê a Consolidação das Leis do Trabalho e pelas normas de direito público emitidas pela entidade pública que figura como empregadora. Ou seja: do Estado de São Paulo, da USP e do HU.

Tanto é assim que o próprio Contrato de Trabalho firmado entre o sócio da Empresa Y (unidade HU) prevê que “*O presente contrato rege-se-á pela Consolidação das Leis do Trabalho, subordinando-se o contratado às normas e regulamentos da Universidade de São Paulo*”.

Essa ideia também encontra arrimo na doutrina, como podemos verificar da lição de Marçal Justen Filho¹⁸, “*os empregados públicos estão sujeitos a deveres*

17. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 264. Na mesma linha segue a doutrina de Marçal Justen Filho (*Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 952).

18. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 956.

*equivalentes àqueles que se aplicam aos servidores públicos estatutários*¹⁹.

O fenômeno ocasionado pela conjugação da CLT com as normas de direito administrativo e constitucional foi objeto de estudo de Ivan Barbosa Rigolin²⁰, que considerou o seguinte:

Se na sociedade de economia mista e na empresa pública, entidades denominadas paraestatais e que se regem pelo direito privado em tudo quanto não constitua reserva de poder do Estado e injeção diretamente estatal, a CLT é praticamente a mesma que integralmente se aplica na empresa privada, entretanto na Administração Pública direta (Executivo, Legislativo e Judiciário, incluídos os Tribunais de Contas e o Ministério Público), nas autarquias e nas fundações públicas (a que a doutrina e a jurisprudência já atribuiu definitivamente natureza e personalidade de direito público) não é, pois aí sua aplicação sofre aquelas tremendas injeções modificativas da Constituição, além da frequente incidência de normas locais de direito administrativo, que acabam por conferir ao diploma trabalhista uma feição inteiramente nova e inusitada.

Dito isto, temos que, para que o emprego público seja mantido, o seu titular deve envidar esforços para desempenhar suas atividades de maneira probo e idônea, o que se traduz na obrigação de manter as próprias atitudes no campo da lisura e da ética profissional.

A CLT previu hipóteses nas quais o empregador – seja ele uma entidade pública ou não – tem o direito de destituir determinada pessoa de seu emprego com justa causa.

Ou seja, aquele que desejar manter o emprego sem que ocorra a demissão por justa causa não deve incorrer nas situações previstas no art. 482 da CLT. Vejamos:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

19. Esse entendimento é reforçado por José Nilo de Castro e Renata Castanheira de Barros Waller. Vejamos uma interessante passagem: "Mister afastar a errônea ideia que se possa formar sobre o empregador público deixar de ser Administração Pública, numa relação de trabalho regida pela CLT, para ser um empregador privado, pois a existência de um contrato de trabalho não pode derogar toda a disciplina constitucional e legal acerca da Administração Pública." (CASTRO, José Nilo de; BARROS, Renata Castanheira de. *Servidores públicos: emprego e cargo públicos: estabilidade: Regime Jurídico Único: Estatuto ou CLT: direitos e garantia*. *Revista de Direito Municipal* – RDM, Belo Horizonte, ano 4, nº 7, p. 109-126, jan./mar. 2003)

20. RIGOLIN, Ivan Barbosa. A natureza híbrida da CLT no serviço público – versão II. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público* – FA, Belo Horizonte, ano 7, nº 74, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39980>>. Acesso em: 11 janeiro 2012.

- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966)

Além da obrigação de não incorrer em alguma das condutas acima apresentadas, cabe ao empregado público observar os mesmos deveres daqueles que são titulares de cargos.

Ou seja, os deveres previstos na Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 10.261/68, e no Código de Ética da **USP**, bem como os deveres que a doutrina assim os atribui.

2.1.3 CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

Aqui, neste ponto, tratamos de direito obrigacional, mais especificamente da relação de obrigações assumidas entre pessoas, no campo do direito privado. Trata-se de relações travadas dentro do âmbito do direito civil e, desta maneira, regidas pelo Código Civil principalmente.

Quando comumente se fala em celebração de contratos, fala-se em assu-

mir uma obrigação, que é um vínculo jurídico entre pessoas e que imputa a realizar determinada conduta, a qual pode consistir na entrega de algo, num fazer ou em um *não-fazer*. Ao se travar uma relação jurídica obrigacional, o que se pretende é obter determinada atividade do devedor em prol do credor, mediante contraprestação.

Nesse campo, do direito privado, vigora a liberdade no sentido de que os particulares podem fazer tudo aquilo que não é proibido por lei. Contudo, essa liberdade encontra limites e modulações que necessariamente devem ser respeitados.

O contrato de natureza privada, puramente civilista, nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, “*se origina da declaração da vontade, tem força obrigatória, deve atender à sua função social, observar o princípio da boa-fé, e forma-se, em princípio, pelo só consentimento das partes*”²¹, merecendo breves linhas de atenção o princípio da boa-fé.

Em que pese estar contido no Código Civil, portanto em norma infraconstitucional, o princípio da boa-fé incide sobre todo o ordenamento jurídico. Esse princípio, vale dizer, está expressamente previsto no artigo 422 do atual Código Civil²²: Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Nelson Rosenvald, ao comentar o precitado artigo do Código Civil em obra do ministro presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, assim escreveu:

Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, é possível ao magistrado adequar a aplicação do direito aos influxos de valores sociais, pois os limites dos fatos preconizados nas cláusulas gerais são móveis e passíveis de concretização variável. (...)

Compreende ele [princípio da boa-fé objetiva] um modelo de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. (...) a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em

21. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 19.

22. Não apenas no artigo 422, mas também em outras oportunidades está consagrado o princípio da boa-fé, a exemplo do artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão.²³

Sobre as partes recaem, tanto durante a execução do contrato quanto após o seu término, conforme se adiantou, um dever de agir com boa-fé e probidade, cujos significados são colmatados caso a caso, de acordo com a situação concreta que se vislumbra.

Pode-se dizer, então, que paira sobre as partes contratantes um dever de agir de modo a colaborar para a consecução do objetivo previsto no contrato. Trata-se de um padrão de conduta a ser observado pelas partes contratantes. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, “Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais”²⁴.

Além disso, vê-se que o precitado artigo 422 do Código Civil também faz menção ao dever de probidade. Este padrão de conduta é muito próximo ao que já se disse sobre a boa-fé objetiva e esperado comportamento de lisura e honestidade do contratante. Nesse sentido é que se encontra na doutrina nacional dizeres de que a probidade “resulta do confronto da conduta do contratante com um padrão de ‘homem leal e honesto’, e terá de ser apurada em face das circunstâncias de cada caso”²⁵.

É importante não perder de vista esses deveres de conduta que balizam a liberdade contratual, principalmente porque adiante analisaremos uma situação complexa na qual convivem (i) normas de direito público e de direito privado e (ii) regularidade de atos e contratos praticados entre pessoas de direito privado que mantém vínculos com pessoas de direito público, devendo ser observados normas e vínculos jurídicos de naturezas distintas.

A partir dessa análise feita, das normas que regem o direito das obrigações, mister ressaltar que os particulares são livres para contratar, desde que observados padrões de conduta, honestidade, lisura e transparência. Não se trata de simples convicção íntima do contratante, de que está agindo correta e honestamente; trata-se de uma análise externa e objetiva de que não está ferindo a ética, a moralidade ou a legalidade.

Isso quer dizer que o contratante deve agir de modo a afastar dúvidas acerca da honestidade de suas intenções e atos perante terceiros, por exemplo, evitando que sejam suscitados questionamentos acerca da finalidade com que

23. Não apenas no artigo 422, mas também em outras oportunidades está consagrado o princípio da boa-fé, a exemplo do artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

24. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 408.

25. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 19.

os contratos estão sendo firmados.

Tratam-se, por ora, de linhas gerais, que adiante serão retomadas para orientação do caso concreto objeto do presente parecer.

2.2 PARTE II – SÓCIO DA EMPRESA Y

Passaremos, agora, a analisar aspectos jurídicos específicos acerca da relação funcional existe entre o sócio da Empresa Y e (i) a **FOUSP** e (ii) o **HU**, dado que esse profissional é um dos consultores do quadro de funcionários da Empresa Y.

As informações e os documentos a nós apresentados pelo **sócio da Empresa Y** dão conta de que ele trava com a Administração Pública do Estado de São Paulo duas relações distintas: ele figura como *empregado* do **HU** - conforme cópia do Contrato de Trabalho que nos foi franqueada - e, além disso, é *titular de cargo público* de professor da **FOUSP** - de acordo com as publicações do Diário Oficial do Estado de São Paulo que nos foram entregues.

2.2.1 SÓCIO DA EMPRESA Y E A FACULDADE DE ODONTOLOGIA DA USP

Perante a **FOUSP**, o sócio da Empresa Y é titular de cargo de professor, categoria doutor, nos termos do art. 76, inciso I, do Estatuto da **USP**, aprovado pela Resolução N° 3461/88.

Atualmente, conforme publicação no Diário Oficial do Estado de São Paulo de 24 de dezembro de 2008, o sócio da Empresa Y está sujeito ao Regime de Turno Parcial, que nos termos do art. 29 da Resolução **USP** n° 3.533/89 é o seguinte “*o Regime de Turno Parcial (RTP) é o regime no qual o docente se obriga a trabalhar na Universidade por 12 (doze) horas semanais em atividades de ensino*”.

Como consequência, em primeiro plano, temos que as atividades de consultoria que eventualmente sejam exercidas pelo sócio da Empresa Y não podem, do ponto de vista temporal, conflitar com os outros compromissos e vínculos por ele assumidos perante a lei e terceiros.

Em segundo lugar, temos que a Lei Complementar do Estado de São Paulo n° 10.261/68 apresenta uma vedação relevante, que merece especial atenção.

Antes de adentrarmos na análise, no entanto, é necessária uma ressalva: chamaremos de “agentes públicos” tanto os titulares de cargos como os de empregos públicos.

Dito isto, vejamos o texto que contém a vedação:

Artigo 243 - É proibido ainda, ao funcionário:

(...)

IV - **exercer**, mesmo fora das horas de trabalho, **emprego ou função em empresas, estabelecimentos ou instituições que tenham relações com o Governo, em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado;** (Grifamos)

Desde logo é preciso que seja dito que a redação do texto legal é imprecisa. Diversas expressões foram empregadas de maneira a formar um composto vago.

Ainda assim, o texto legal exige a configuração concomitante de dois elementos para que subsista a vedação: (i) o exercício de emprego ou função em empresa que tenha relações com o Estado de São Paulo por agente público do próprio Estado de São Paulo, e (ii) que a matéria das atividades exercidas, tanto na empresa quanto na repartição, mantenham semelhança entre suas finalidades.

Ou seja: caso não se verifique no caso prático a ocorrência das duas situações, a proibição não se corporifica.

Vejamos cada um desses elementos detidamente.

O primeiro elemento se relaciona com a ideia de que um determinado agente público do Estado de São Paulo não pode exercer “emprego” ou “função” em empresa que estiver relacionada ao próprio Estado de São Paulo.

A expressão “emprego” é própria do regime jurídico previsto pela CLT. Assim, caso alguém seja contratado, sob a égide da CLT, por empresa que esteja relacionada com o Estado de São Paulo, está formada uma das duas situações fáticas necessárias para a incidência da vedação.

Por outro lado, a expressão “função” comporta mais de um significado (trabalhamos acima um dos significados de função, quando perante a Administração Pública, por exemplo).

É possível que se entenda, por exemplo, que aquele que seja consultor de uma empresa que tenha relações com o Estado de São Paulo seja, também, ocupante de uma função, bem como aquele que tem a condição de sócio e etc.

Parece mais plausível o entendimento de que exercer “função” significa ocupar algum dos cargos previstos no contrato social ou no estatuto de determinada empresa.

Isso significa participar do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal ou estar empossado na qualidade de administrador da sociedade.

Assim, é possível afirmar - de maneira sintética - que a primeira situação, exercer “emprego” ou “função”, significa, respectivamente, (i) manter vínculo trabalhista ou (ii) exercer função de conselheiro ou administrador de empresa que tenha relações com o Estado de São Paulo.

Além disso, para que exista a vedação é fundamental que a empresa na qual o agente público esteja empregado ou exercendo função “tenha relações” com o Estado de São Paulo. Entretanto, neste caso também existe certa abrangência na expressão “relacionada”, que foi utilizada pelo texto normativo.

A dicção legal “ter relações” é tão abrangente que pode ser entendida, dentre outros, como “contratada”, “selecionada”, “aprovada”, “cadastrada”, “homologada”.

Nossa visão é no sentido de que somente “terão relações” com o Estado de São Paulo aquelas empresas que sejam, ao tempo da verificação, partes em

contratos celebrados com o Estado de São Paulo que se encontrem vigentes.

Pois bem.

Somente quando configurado o primeiro elemento poderá restar configurado o segundo, notadamente quando agente público do Estado de São Paulo esteja exercendo emprego ou função em empresa que tenha relações com o Estado de São Paulo, **em matéria relacionada com a finalidade da repartição na qual o titular de cargo ou emprego público está lotado** (incidindo, portanto, a vedação prevista no art. 243, IV).

Assim, aquele que estiver lotado em um departamento que realize a aquisição de parafusos para o Estado de São Paulo não poderá ocupar emprego ou função em empresa que produza parafusos e os venda para o Estado de São Paulo.

Como já dito, o texto da norma não é suficientemente preciso. A expressão “finalidade” pode comportar diversos significados. A título exemplificativo, as ideias de “tratamento de saúde bucal”, “atendimento ao público”, “pesquisa científica” e “desenvolvimento profissional” tanto poderiam ser consideradas como finalidades distintas, como similares, ou até idênticas.

Ante ao exposto, é possível tecer algumas conclusões diretamente ligadas à **Empresa X** e à Empresa Y acerca do contrato que pretendem formalizar.

Ao analisarmos os planos para o contrato de prestação de serviços de consultoria que pretendem formalizar a Empresa Y e a **Empresa X**, podemos entender que a vedação acima comentada não se aplica ao caso em tela.

Isso porque tal contrato não fará com que (i) o sócio da Empresa Y assumira emprego ou função nos quadros da **Empresa X**, (ii) a Empresa Y, na qual o sócio ocupa função de administrador, não tem relações com o Estado de São Paulo.

Em suma: a vedação não subsiste, em que pese a **Empresa X** possa ter relações com o Estado de São Paulo e a matéria sobre a qual a consultoria prestada pela Empresa Y tenha finalidade que se relacione àquela na qual o sócio da Empresa Y atua nos quadros da FOUSP e do HU, sem a ocorrência da assunção de emprego ou função junto à **Empresa X** pelo Sócio da Empresa Y.

2.2.2 SÓCIO DA EMPRESA Y E O HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DA USP

Conforme verificamos na Parte I deste parecer, empregados públicos estão sujeitos às normas da CLT como àquelas normas emitidas pelo empregador, ou seja, o Estado de São Paulo por meio da **USP** e do **HU**.

Assim, temos que a pessoa titular de emprego público no **HU** está sujeita tanto às normas da Consolidação das Leis do Trabalho quanto às normas gerais da **USP** (porque o **HU** é um órgão complementar da **USP**, nos termos do art. 8º, inciso I, do Regimento Geral da **USP**²⁶) e às próprias normas emitidas pelo **HU**.

26. Resolução nº 3.745/90.

Em sendo assim, é o caso de primeiro verificarmos se as atividades de consultoria exercidas pelo sócio da Empresa Y, em eventual contrato de prestação de serviços de consultoria entre a Empresa Y e a **Empresa X**, de qualquer maneira configuram alguma das previsões que justificariam sua demissão do **HU**, por justa causa, sob a égide da CLT.

Dentre os mais diversos fatores que caracterizam a justa causa para a demissão, entendemos que nem todos se aplicam ao presente caso de modo que, em face do que nos foi exposto na consulta, daremos atenção para os seguintes:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

(...)

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

(...)

g) violação de segredo da empresa;

Segundo o que podemos perceber, a CLT, de maneira geral, busca que o empregado não atue contra os interesses do empregador.

Dessa sorte, constitui justa causa para demissão a prática de ato de improbidade. Trata-se de expressão propositalmente vaga cuja tendência é considerar como ato de improbidade qualquer conduta que atente contra o patrimônio e a execução das atividades da empresa, seus sócios e funcionários.

Como quer o professor Sérgio Pinto Martins²⁷, “a improbidade revela mau caráter, perversidade, maldade e desonestidade”. Aliás, sobre a matéria, o Tribunal Superior do Trabalho²⁸ se manifestou no sentido de que:

O ato de improbidade, preconizado no art. 482, “a”, da CLT, se caracteriza como uma das infrações obreiras mais graves, porquanto decorrente de conduta do trabalhador que resulta em uma obtenção dolosa de vantagem de qualquer ordem em seu benefício ou de terceiros, não necessitando que

27. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 362.

28. Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Câmara. Processo nº TST-AIRR-187500-60.2010.5.03.0000. Relatora ministra Dora Maria da Costa. J. 28/06/11.

o ato cause necessariamente prejuízo ao empregador. **Desde que revestido de substancial gravidade, a cometimento de único ato de improbidade já se revela suficiente como motivo para a ruptura contratual com amparo no dispositivo retromencionado.**

(Grifamos)

Desta feita, se o desenvolvimento de determinada atividade de consultoria configurar ato de improbidade o **HU** poderá demitir o sócio da Empresa Y por justa causa.

Um ato de improbidade consistiria, por exemplo, no seguinte:

EMENTA: DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. ATO DE IMPROBIDADE. Prova dos autos que autoriza a conclusão de que a empregada cometeu ato de improbidade, consistente na lesão do patrimônio da empregadora, restando a despedida motivada amparada pela norma do art. 482, 'a', da CLT.²⁹

É necessário frisar que os conceitos de “honestidade”, “maldade” e outros permitem que o aplicador da norma goze de uma maior liberdade de interpretação **de forma que até mesmo atos perfeitamente lícitos e válidos, ainda que não tenham causado efetivo benefício a terceiros, podem ser entendidos como atos de improbidade em sede de processo judicial e administrativo.**

Sem entrar em minúcias de casos concretos, vale dizer que as normas - de ordem jurídica ou ética - relevantes tendem a promover condutas leais e de boa-fé, evitando que empregados ajam em prejuízo ao interesse dos empregadores ou se valham de suas posições para beneficiar terceiros (concorrentes, por exemplo).

Quanto a eventuais impactos ou influências das atividades de consultoria que o sócio da Empresa Y, por meio da Empresa Y venha a prestar para a **Empresa X**, segundo as normas do Estado de São Paulo, da **USP** e do **HU**, aplicam-se as mesmas considerações traçadas no item 2.2.1.

2.2.3 CONTRATOS DE NATUREZA PRIVADA FIRMADOS PELA PESSOA JURÍDICA EMPRESA Y

A fim de que fossem investigadas eventuais incompatibilidades de atribuições, competências e responsabilidades no âmbito do exercício das obrigações assumidas, nos foram encaminhados, dentre outros documentos, cinco contratos de prestação de serviços firmados pela empresa Empresa Y com diferentes

29. Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Câmara. Processo nº TST-AIRR-187500-60.2010.5.03.0000. Relatora ministra Dora Maria da Costa. J. 28/06/11.

pessoas jurídicas, todos no âmbito privado, a seguir brevemente entabulados para melhor análise.

Além dos serviços prestados pela empresa Empresa Y em função desses convênios odontológicos, há outros tantos atendimentos realizados a particulares, os quais prescindem de documentos escritos para aqui serem relatados. Apenas cumpre lembrar que, no âmbito privado, a Empresa Y mantém relações contratos tanto com pacientes (pessoa física), quanto com operadoras de planos de saúde e/ou odontológicos (pessoas jurídicas).

Foram-nos apresentados os contratos a seguir compilados:

CONTRATO 01	
Partes	Contratante: Empresa U Contratada: EMPRESA Y LTDA
Número de folhas	10 (dez)
Natureza	Contrato de prestação de serviços
Objeto	“Cláusula 1ª. O presente Contrato tem como objeto a prestação de serviços para avaliação da segunda opinião, instauração de junta médica e realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos, na área de Cirurgia e Traumatologia Bucomaxilofacial, aos segurados e respectivos dependentes da CONTRATADA.”
Data de assinatura	1º de julho de 2011
Vigência	“Cláusula 8ª. O presente contrato iniciará sua vigência a partir da data de sua assinatura e permanecerá vigente até o término do tratamento cirúrgico do usuário, fato que será comunicado expressamente pela FESP à CONTRATADA no momento oportuno.”
Anexos	Não nos foi entregue qualquer anexo.
Aditivos	Não nos foi entregue qualquer aditivo.
Observações	“Cláusula 7ª. Este Contrato não gera e nem gerará vínculo empregatício entre a FESP e os empregados, sócios, prepostos ou representantes da CONTRATADA. (...)” “Cláusula 9ª. Os casos omissos serão resolvidos de comum acordo, mediante reunião das partes para tal finalidade, devendo ser elaborado termo aditivo a este contrato e assinado pelas partes contratantes.”

CONTRATO 02	
Partes	Contratante: Empresa W – (“OPERADORA”) Contratada: EMPRESA Y (“REFERENCIADO”)
Número de folhas	06 (seis)
Natureza	Contrato de prestação de serviços
Objeto	“2.1. O objeto do presente instrumento é a prestação de serviços de assistência médica aos <i>Segurados</i> tudo em conformidade com o plano e as coberturas avançadas no contrato de seguro saúde firmado entre a OPERADORA e o <i>Segurado</i> , bem como conforme Anexos, que fazem parte integrante e inseparável do presente instrumento.”
Data de assinatura	1º de outubro de 2007
Vigência	“10.1. O presente Termo de Referenciamento terá vigência por um prazo de 12 (doze) meses, a contar da data de sua assinatura, sendo prorrogável, mediante aditivo específico, caso haja interesse entre as partes.”
Anexos	Não nos foi entregue qualquer anexo.
Aditivos	Não nos foi entregue qualquer aditivo.
Observações	“2.2. A presente contratação não estabelece qualquer exclusividade entre as partes, tampouco restrições à atividade profissional do REFERENCIADO.”

CONTRATO 03	
Partes	Contratante: Empresa Z Contratada: EMPRESA Y (“REFERENCIADO”)
Número de folhas	04 (quatro)
Natureza	“Contrato de referenciamento para prestação de serviços auxiliares de diagnóstico e terapia e clínicas ambulatoriais”
Objeto	“1. O objeto deste contrato é a prestação de serviços auxiliares de diagnóstico aos segurados e respectivos dependentes da MARÍTIMA, doravante denominados de segurados, nos respectivos planos, endereços e especialidades (ANEXO I), discriminados a seguir (...)”
Data de assinatura	07 de dezembro de 2009
Vigência	“12. O presente contrato vigorará por prazo indeterminado, podendo ser rescindido a qualquer tempo, por qualquer das partes, mediante notificação a outra por escrito dessa intenção, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, contados a partir da data de entrega do aviso protocolado, sem gerar ônus ou indenização à parte que o rescindir.”

Anexos	<p>Sim, três:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. “Anexo I – OBJETO – DO CONTRATO DE REFERENCIAMENTO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES DE DIAGNÓSTICO E TERAPIA E CLÍNICAS AMBULATORIAIS Nº 0863/2009”, com 04 (quatro) folhas (de nº 05 a 08), datado de 07/12/09 e assinado pelas partes; 2. “Anexo II – REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS – DO CONTRATO DE REFERENCIAMENTO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES DE DIAGNÓSTICO E TERAPIA E CLÍNICAS AMBULATORIAIS Nº 0863/2009”, com 01 (uma) folha (de nº 09), datado de 07/12/09 e assinado pelas partes; 3. “Anexo III – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS – DO CONTRATO DE REFERENCIAMENTO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES DE DIAGNÓSTICO E TERAPIA E CLÍNICAS AMBULATORIAIS Nº 0863/2009”, com 01 (uma) folha (de nº 10), datado de 07/12/09 e assinado pelas partes.
Aditivos	Não nos foi entregue qualquer aditivo.
Observações	“11. A prestação dos serviços ora contratados não é exclusiva e tem caráter eventual. (...)”

CONTRATO 04

Partes	<p>Contratante: Sepaco Saúde (“OPERADORA”) Contratada: EMPRESA Y (“REFERENCIADO”)</p>
Número de folhas	04 (quatro)
Natureza	“Termo de adesão ao instrumento particular de referenciamento médico-hospitalar do Sepaco Saúde”
	Tivemos de obter na página virtual www.sepaco.org.br a íntegra do “Instrumento particular de referenciamento médico-hospitalar”.
Objeto	<p>“1.1. O REFERENCIADO passará a integrar a REDE REFERENCIADA da OPERADORA, o que fará no momento do recebimento, pela OPERADORA, do Contrato de prestação de Serviços Médico-hospitalares, às presentes Condições Gerais devidamente assinado pelo REFERENCIADO.”</p> <p>No item 2 da ficha de cadastro, que segue o Termo de adesão, consta a relação dos serviços contratados. Especialidades: (i) Buco Maxilo e (ii) Cirurgia Buco Maxilo.</p>
Data de assinatura	17 de outubro de 2007

Vigência	“O presente CONTRATO vigorará por prazo indeterminado (...)”
Anexos	Não nos foi entregue qualquer anexo.
Aditivos	Não nos foi entregue qualquer aditivo.
Observações	As referências abaixo foram extraídas do “Instrumento particular de referenciamento médico-hospitalar”: “4.1. Fica estabelecido que inexistente vínculo empregatício entre qualquer das entidades e o referenciado, ou mesmo entre a operadora e o referenciado (...)”; “6.1. O presente CONTRATO é feito sem exclusividade para qualquer das partes”.

CONTRATO 05	
Partes	Contratante: Empresa U Contratado: EMPRESA Y (“CONTRATADO”)
Número de folhas	08 (oito)
Natureza	“Contrato de prestação de serviços – clínicas”
Objeto	“1.1. O CONTRATADO prestará aos beneficiários da CONTRATANTE Atendimento, conforme descrito no ANEXO I. Que passa a fazer parte integrante deste contrato.”
Data de assinatura	1º de fevereiro de 2008
Vigência	“6.1 – O presente contrato é celebrado para vigorar a partir da data da assinatura, por prazo de até 4 (quatro) anos, podendo ser renovado pelo mesmo período mediante aditivo contratual, permanecendo o disposto na cláusula 7.1.”
Anexos	Nos foram entregues os anexos I a V.
Aditivos	Nos foram entregues os aditivos contratuais nº 001 e 002.
Observações	“5.5. O presente instrumento não gera qualquer vínculo empregatício dos empregados do CONTRATADO com a CONTRATANTE”; “9.15. É vedada a exclusividade na relação, sendo as partes contratantes independentes para firmar outros instrumentos jurídicos com terceiros para a mesma finalidade, cabendo às partes a responsabilidade civil sobre os atos desta contratação.”

Todos os contratos acima elencados em cada uma das cinco tabelas são instrumentos jurídicos firmados exclusivamente no âmbito do direito privado, regido, portanto, pelo Código Civil, quer pela natureza da matéria ali tratada, quer pelas pessoas envolvidas.

Desde logo, registre-se que não há previsão (normativa³⁰ ou contratual) no sentido de exclusividade da atuação da Empresa Y, subordinação ou qualquer óbice à liberdade de atuação dessa natureza perante terceiros, nem mesmo perante a Administração Pública ou a **CONSULENTE**.

Os ajustes aqui retratados têm como finalidade, *em regra*, a inclusão da Empresa Y como referenciada das operadoras de planos odontológicos ou médicos que figuram nos polos contrários.

Importante salientar que o profissional da odontologia deve atuar conforme ditames éticos, cabendo mencionar passagens do Código de Ética Odontológica, que assim dispõe:

Art. 5º. Constituem deveres fundamentais dos profissionais e entidades de Odontologia:

(...)

II - assegurar as condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Odontologia, quando investido em função de direção ou responsável técnico;

(...)

XI - abster-se da prática de atos que impliquem mercantilização da Odontologia ou sua má conceituação;

XII - assumir responsabilidade pelos atos praticados;

Além disso, ainda nesse documento há previsões acerca da relação entre profissional e paciente, dentre as quais:

Art. 7º. Constitui infração ética:

(...)

IV - deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento;

O que se pretende alertar é que a atuação profissional do sócio da Empresa Y e sua empresa devem se pautar sempre na ética, com imparcialidade e sempre visando a aplicação da melhor técnica, tanto em atendimentos particulares quanto naqueles ligados a planos de saúde/odontológicos, sob pena de ser responsabilizado por eventuais consequências indesejadas em procedimentos realizados.

30. Resolução Normativa nº 54/03 da Agência Nacional de Saúde

Merece atenção a relação contratual com a Empresa U (tabela “CONTRATO 01”) para prestação de serviços para avaliação da segunda opinião, hipótese que a atuação da Empresa Y perante (i) a **Empresa X** e (ii) a Empresa U pode ser conflituosa, **caso a opinião emitida seja determinante para a seleção dos fornecedores de materiais cirúrgicos.**

Em função da peculiaridade do objeto desse instrumento, há uma possibilidade maior de questionamento da lisura das atividades do sócio da Empresa Y, especialmente no que toca à sua imparcialidade e/ou tecnicismo da análise opinativa enquanto contratado.

Veja-se que o sócio da Empresa Y poderá ser considerado parcial ou suspeito para analisar e emitir opinião em todos os casos que eventualmente envolvam a utilização de produtos fornecidos pela **CONSULENTE**. Em casos mais extremos, mas nada inverossímeis, alertamos para a possibilidade aplicação de sanção ao sócio da Empresa Y, sob a alegação de colocar interesses econômicos à frente de questões médicas e éticas.

Ainda que subjetivamente o sócio da Empresa Y atue com máximo profissionalismo e imparcialidade, aos olhos de terceiros a análise objetiva dos fatos pode levar a conclusão em contrário.

Ressaltando o inafastável dever de agir com ética, boa-fé e probidade, parece-nos que deva ser evitado o surgimento de situações de conflito de interesses semelhantes ao detectado, ou mesmo que um vínculo jurídico seja utilizado sem respeito ao princípio da boa-fé objetiva, ou seja, de modo a ensejar a percepção de benefícios além dos limites impostos pela boa-fé e pela ética.

Assim, em qualquer dos casos, orientamos que a atividade do sócio da Empresa Y seja desempenhada sempre de acordo **com critérios técnicos e de maneira justificada**, sendo que as consequências da preferência injustificada à relação com a **CONSULENTE** em tratamentos podem ser diversas, ainda mais graves e complicadas quando se tratar de paciente conveniado.

3. SINALIZAÇÕES FINAIS

3.1 CONCLUSÃO

De acordo com o exposto entendemos que, a rigor, não há qualquer previsão normativa que impeça a celebração de contrato de prestação de serviços de consultoria entre a Empresa Y e a **Empresa X**.

Isso significa que a celebração do contrato de prestação de serviços de consultoria, nos moldes que nos foram apresentados, não esbarra em proibições ou em vedações expressas nas normas do Estado de São Paulo e da **USP**, observadas as normas éticas e trabalhistas aplicáveis.

Ou seja, nada obsta que a **Empresa X** e a Empresa Y mantenham vínculo contratual, e busquem, quando houver necessidade, provar que suas relações em nada prejudicam (i) o Estado de São Paulo; (ii) a **USP**; ou (iii) o **HU**.

Há que se fazer menção ao contrato com a Empresa U tendo em vista a peculiaridade da atividade ora desenvolvida. A rescisão deste instrumento, ou adequação de seu objeto por meio de aditamento, será necessária na medida em que se concretizar a possibilidade do sócio da Empresa Y poder beneficiar a **Empresa X** (por exemplo, por meio da indicação de aquisição de materiais por esta fornecida).

Dito isto, passemos então aos esclarecimentos dos quesitos que a nós foram submetidos.

3.2 RESPOSTAS AOS QUESITOS

• *“Há conflito de interesses na prestação da consultoria, considerando a atuação do sócio da empresa Y no HU-USP e influência na indicação de empresas para aquisição de materiais?”*

É possível a atuação do Sócio da Empresa Y – considerando seu vínculo funcional com a USP – como consultor contratado pela **Empresa X**. Para não configuração do sobredito conflito de interesses, faz-se necessária a observância das normas aplicáveis ao funcionário e empregado público do Estado de São Paulo.

Já a atuação privada, no âmbito dos convênios ou de atendimento a particulares, deve estar sujeita às normas éticas regentes dos profissionais da Odontologia e orientada em critérios técnicos, afastando qualquer possibilidade de questionamento acerca de promoção de vantagens indevidas à **Empresa X**.

Por fim, ressalva-se o caso do contrato com a Empresa U (tratado em quesito próprio adiante).

• *“A interrupção do fornecimento de materiais pela **EMPRESA X** ao **HU-USP** previne algum tipo de conflito?”*

A partir de uma análise estrita das normas aplicáveis, não há qualquer vedação expressa que fundamente a necessidade de interrupção do fornecimento de materiais ao **HU**.

Por essa razão, não há de se falar em prevenção de conflito em razão de interrupção do fornecimento de materiais pela **Empresa X** ao **HU**.

• *“Durante quanto tempo deverá durar esta interrupção após o término do contrato de consultoria?”*

Caso não ocorra interrupção no fornecimento de materiais da **Empresa X** ao **HU**, não subsiste a necessidade de qualquer tipo de quarentena.

Na hipótese da interrupção, pode-se considerar que a quarentena é dispensável. Isso se justifica uma vez os vínculos entre a **Empresa X** e a **Empresa Y** se extinguem no mesmo momento da rescisão do Contrato de Consultoria.

• “Deverá constar no contrato a proibição do fornecimento pela **Empresa X** ao **HU-USP**? Qual a consequência do não cumprimento desta cláusula (multa e encerramento do contrato, etc.)?”

Dada a ausência de disposição normativa que resulte na interrupção do fornecimento de materiais pela **Empresa X** ao **HU**, não se faz necessária a inclusão de cláusula nesse sentido.

De qualquer forma, caso seja de interesse das partes em fazer constar tal previsão no contrato, destacamos que as sanções (como por exemplo: rescisão do contrato, aplicação de multa) podem ser livremente negociadas, observadas as normas regentes do serventuarismo público paulista e da atividade profissional em questão.

• “Há conflito no fornecimento a outros setores do **HU-USP**, por exemplo *Ortopedia*, nos quais a *Divisão de Odontologia* não apresenta nenhum tipo de influência?”

Pelo mesmo fundamento apresentado nos quesitos anteriores, não há conflito nessa hipótese.

• “Há conflito no fornecimento a outras Unidades da **USP** (por exemplo *Hospital das Clínicas*), e do Estado, nas quais o Dr. sócio da Empresa Y não tenha vínculo ou influência na aquisição de materiais?”

Favor reportar-se ao que foi respondido no quesito anterior.

• “Há conflito na consultoria considerando os regimes de trabalho na **USP**?”

Não haverá conflito, de uma perspectiva temporal, desde que as atividades desenvolvidas de consultoria não interfiram na carga horária prevista, ou seja, 12 horas semanais em atividades de ensino.

• “É interessante constar em contrato que a **Empresa X** concorda que a consultoria seja prestada em horários diferentes da jornada do sócio da Empresa Y, não podendo exigir a minha presença em reuniões, congressos, eventos, etc. em horários conflitantes com esta jornada?”

Sim. Recomendamos que seja demonstrado que a cumulação de compromissos não acarretará descumprimento de demais obrigações previamente assumidas com a **FOUSP** e **HU**. Importante lembrar também que o contrato de trabalho com o **HU** prevê plantões extraordinários e inversões de horários a critério do **HU**, de modo que o novo contrato deve se adequar e respeitar a esses vínculos preexistentes.

Além disso, expressa menção dessa natureza pode ser considerado importante

indício de boa-fé e probidade por parte dos contratantes.

• *“A USP permite a liberação da jornada habitual para a participação em Congressos e Reuniões Científicas, desde que seja de interesse à Instituição (afastamento sem prejuízo de vencimentos). Como está previsto na consultoria ministrar cursos em eventos científicos (geralmente os mesmos para os quais costumo pedir afastamento na USP), está prevista também a cobertura das despesas de viagem e inscrição pela Empresa X. Há conflito nessa situação? A USP deve ser informada no pedido de afastamento que as despesas de viagem serão cobertas pela Empresa X?”*

Nesse caso, é mais adequado que não sejam acumuladas ou, de qualquer forma, atreladas as participações em eventos. O mais indicado consiste em participar de cada evento de maneira independente. Ora pela Empresa X, ora pela USP.

Contudo, na impossibilidade de que seja realizada a separação recomendada, é **fundamental que ocorra renúncia às verbas da USP**. Não é necessário que seja descrito o motivo para tanto, mas é importante que não sejam recebidos recursos públicos, no sentido de evitar questionamentos.

• *“Há necessidade de informar o HU-USP, Faculdade de Odontologia e/ou Reitoria da USP sobre a consultoria?”*

Em princípio, o titular de cargo público e de emprego público não tem o dever legal de informar as atividades que desenvolve nos horários alheios ao do expediente.

Contudo, caso seja questionado por superior hierárquico ou qualquer autoridade de fiscalização, em nome da probidade e da boa fé, a informação não deve ser omitida.

• *“Nos cursos, palestras e publicações científicas a consultoria deve ser por mim informada, como ocorre nos EUA (“disclosure” - vide normas americanas enviadas)?”*

Ao longo dos estudos realizados não encontramos qualquer disposição que obrigue a divulgação de informações acerca das atividades profissionais privadas desenvolvidas.

• *“O contrato e/ou seu conteúdo pode ser confidencial?”*

Sim, pois o contrato entre a CONSULENTE e a empresa do sócio da Empresa Y encontra-se albergado sob as regras do direito privado, sendo livre às partes convencionarem quanto à confidencialidade do instrumento e sigilo de suas informações.

• *“Há conflito na indicação da **Empresa X** como uma das 3 empresas fornecedoras nas minbas cirurgias de pacientes particulares e de convênio?”*

Por questões de ética profissional, entendemos ser imperativo que as escolhas e indicações de produtos feitas pelo profissional da odontologia devem ser sempre pautadas no rigor técnico e na imparcialidade. Desse modo, para resguardar a imagem e a credibilidade do sócio da Empresa Y e da **Empresa X**, evitando questionamentos, a indicação daquela empresa deve ocorrer de maneira fundamentada e com respaldo técnico.

Alertamos que eventual preferência aos produtos da **Empresa X** nos procedimentos odontológicos realizados em atendimentos particulares representa reduzido risco de decorrências jurídicas, pois tendem a envolver apenas profissional e paciente. Contudo, no âmbito dos convênios, caso a atuação do sócio da Empresa Y seja determinante para a escolha do fornecedor dos materiais, há um maior risco questionamento dessa atividade, por (eventualmente) propiciar vantagem indevida à **Empresa X**, especialmente no caso do contrato com a Empresa U (explanado em quesito próprio adiante).

• *“É interessante constar em contrato que a consultoria não prevê a obrigatoriedade de solicitar/utilizar o material da **Empresa X** nas cirurgias do sócio da Empresa Y de pacientes particulares e de convênio?”*

A rigor não é necessário incluir previsão dessa natureza, até mesmo porque as partes se obrigam tão somente ao que estiver expressamente contido no contrato. De qualquer modo, caso seja de interesse das partes, pode-se inserir cláusula(s) que assegure(m) a prestação de serviços se limita à consultoria, e não deve, em hipótese alguma, afetar a imparcialidade profissional do contratado em seus procedimentos odontológicos.

• *“Há conflito na emissão de pareceres de segunda opinião emitida pelo sócio da Empresa Y sobre a pertinência de materiais indicados por outros cirurgiões, considerando que dentre as 3 empresas por eles indicados a **Empresa X** possa estar relacionada?”*

A realização desse tipo de atividade não oferece maiores riscos, desde que a opinião do sócio da Empresa Y não seja determinante para a escolha dos fornecedores de materiais.

Entendemos que a clareza do contrato a ser firmado entre **Empresa X** e Empresa Y pode colaborar para o afastamento desses conflitos. Além disso, conforme já respondido anteriormente, orientamos pela atuação ética e técnica, com decisões sempre tomadas com imparcialidade e fundamentadas cientificamente, como se não houvesse qualquer ligação entre as partes.

• *“Há necessidade de informar as operadoras de planos de saúde com as quais trabalhe o sócio da empresa Y sobre a consultoria?”*

A partir da leitura dos contratos que nos foram fornecidos e legislação específica aplicável, não há qualquer disposição que indique a necessidade de informar sobre atividades profissionais exercidas perante terceiros.

• *“Há conflito na apresentação de palestras aos auditores e administradores das operadoras sobre o assunto da consultoria?”*

Via de regra não haverá conflito, observadas eventuais disposições acerca de confidencialidade estabelecidas no contrato com **Empresa X** e normas éticas regentes da atividade profissional.

• *“Está previsto o fornecimento dos guias cirúrgicos para as minhas cirurgias sem nenhum custo. Haveria conflito se a compra dos guias também fosse por mim solicitada às operadoras de planos de saúde?”*

Tendo em vista que os guias cirúrgicos são específicos para cada caso, a questão de cobrar ou não pelo seu fornecimento é puramente comercial, e deve ser ajustada entre as partes, respeitadas as normas éticas regentes da atividade profissional.

• *“Está prevista uma remuneração fixa mensal para a consultoria, o que parece adequado considerando a complexidade envolvida na implantação e desenvolvimento do projeto. Há conflito neste tipo de remuneração ao invés da remuneração por serviço específico prestado?”*

Acreditamos que as peculiaridades do caso submetido à nossa consulta fazem crer que a remuneração variável atribui maior transparência e confiabilidade à relação contratada. Isso porque a atividade de consultoria se caracteriza pela eventualidade, por sua pontualidade, de modo que a remuneração por trabalho específico pode corroborar com a demonstração de imparcialidade do sócio da Empresa Y no desempenho de suas atividades (principalmente nos casos em que houver indicação técnica dos produtos da **Empresa X**).

• *“Em eventual contrato de consultoria assinado diretamente com a **OSTEOMED**, empresa norte-americana fornecedora da **Empresa X**, valem as mesmas considerações feitas em relação à **Empresa X**?”*

Sim, considerando que a **OSTEOMED** não fornece produtos e serviços diretamente para a **USP**, os mesmos apontamentos valem para eventual re-

lação obrigacional perante essa empresa. Além disso, ponderamos que essa relação poderá ter caráter diferenciado – e até encontrar obstáculos e impeditivos - em razão da incidência de normas estrangeiras (isto é, vigentes nos Estados Unidos), sobre as quais estamos impedidos de emitir qualquer opinião.

• *“Há algum conflito nessa consultoria, por exemplo, no afastamento para ministrar um curso? Como o sócio da Empresa Y deve proceder em situações semelhantes no futuro?”*

Como foi visto, é perfeitamente lícito que o sócio da Empresa Y participe de congressos e outros eventos.

Contudo, para que seja possível o afastamento, é necessário que o evento atenda aos seguintes requisitos : (i) caráter científico/acadêmico; (ii) relação com as disciplinas ministradas pelo sócio da Empresa Y; (iii) reversão dos frutos da participação em benefício para o serviço público; e (iv) existência de convite para o docente emitido pela Comissão Organizadora.

Quando houver um evento que esteja alinhado com os quatro requisitos apresentados acima, basta que seja apresentada solicitação para afastamento e que ocorra a renúncia quanto às verbas da **USP**.

Nas hipóteses nas quais não estejam presentes os quatro elementos, parece mais adequado que não seja solicitado o afastamento.

A solicitação de afastamento desprovida desses requisitos pode ser considerada uma estratégia para a manutenção dos vencimentos sem que haja contrapartida para a **FOUSP** e para o **HU**, o que, de plano, não é recomendável.

• *“As vedações previstas no artigo 243, X, do Estatuto do Servidor Público do Estado de São Paulo e no artigo 168, XIV, do Estatuto do Servidor da **USP** aplicam-se a situação exposta?”*

A questão formulada exige uma análise detida da redação de cada dispositivo. Vejamos:

A Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 10.261/68 dispõe que:

Artigo 243 - É proibido ainda, ao funcionário:

(...)

X - receber estipêndios de firmas fornecedoras ou de entidades fiscalizadas, no país, ou no estrangeiro, mesmo quando estiver em missão referente à compra de material ou fiscalização de qualquer natureza;

A redação do dispositivo é de difícil compreensão uma vez que está prevista em normativo de 1967 que, por sua vez, reproduziu a redação de duas

leis federais editadas em 1939³¹. Tal aspecto possui relevância na medida em que esse dispositivo foi redigido levando em conta o contexto da Administração Pública daquela época, bem distinto do cenário atual.

Veja que o dispositivo visa impedir que o funcionário receba diretamente valores de firmas fornecedoras, situação distinta da ora analisada, pois a empresa fornecedora (**Empresa X**) repassará valores diretamente a outra empresa (Empresa Y), e não a um funcionário público (sócio da Empresa Y).

Ainda, vale dizer que a vedação só se aplica nos casos em que o **funcionário público que exerça função ligada à compra de material** (ex.: membro de comissão de licitação) **ou à fiscalização** de qualquer natureza.

Ainda, dispõe o Regimento Interno da **USP**: Artigo 168: Ao servidor é proibido: (...) XIV – receber qualquer proveito de firmas fornecedoras.

A norma é clara no sentido de instituir uma vedação ao servidor. Assim, à semelhança do que foi dito acima, a norma busca coibir que firmas fornecedoras repassem diretamente recursos à pessoa física do funcionário público, o que diverge do caso em tela, uma vez que é a Empresa Y (pessoa jurídica) que receberá recursos a título de contraprestação de serviços da **Empresa X** (empresa fornecedora).

Por fim, conforme já colocado, não há qualquer restrição ao funcionário público integrar os quadros de uma sociedade, exercendo a função de administração ou gerência, desde que a mesma não possua qualquer tipo de relação com o Estado de São Paulo³².

Pelo exposto, verifica-se que as vedações dos artigos mencionados não se aplicam ao caso em tela.

31. Decreto-lei nº 1.258/39 (art. 5º) e Decreto-lei nº 1.713/39 (art. 226).

32. Art. 243, II, da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 10.261/68.

PARECER / PGFN / CRJ / Nº 2132/2011

CEBAS. Efeitos. O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, que reconhece a entidade como filantrópica, é meramente declaratório, de modo que possui efeitos *ex tunc*. Retroação à data do protocolo do pedido. Necessidade de cumprimento da legislação em vigor e da superveniente. Súmula nº 352 do Superior Tribunal de Justiça.

Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.

I

1. O escopo do presente Parecer é analisar a possibilidade de se promover, com base no inciso II do artigo 19 da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e no Decreto nº 2.346, de 10.10.1997, a dispensa de interposição de recursos ou o requerimento de desistência dos já interpostos **com relação às ações e decisões judiciais que fixam o entendimento de que o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS é meramente declaratório, produzindo efeito ex tunc, retroagindo à data de protocolo do respectivo requerimento, ressalvado o disposto no art. 31 da Lei nº 12.101, de 2009 (data da publicação da concessão da certificação), desde que inexistam outros fundamentos relevantes, como a necessidade de cumprimento da legislação superveniente pelo contribuinte.**

2. Tal Parecer, em face da alteração trazida pela Lei nº 11.033, de 2004, à Lei nº 10.522/2002, terá também o condão de dispensar a apresentação de contestação pelos procuradores da Fazenda Nacional, bem como de impedir que a Secretaria da Receita Federal do Brasil constitua o crédito tributário relativo à presente hipótese, obrigando-a a rever de ofício os lançamentos já efetuados, nos termos do citado artigo 19 da Lei nº 10.522/2002.

3. Este estudo é feito em razão da existência de decisões reiteradas de ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no sentido de que o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, que reconhece a entidade como filantrópica, é meramente declaratório, de modo que possui efeitos *ex tunc*.

II

4. Primeiramente, vale ressaltar que este Parecer não trata das demandas em que se pleiteia a declaração da existência de direito adquirido ao reconhecimento da natureza de filantrópica, nas quais se pleiteia a manutenção do direito ao CEBAS não obstante a desobediência aos requisitos de legislação superveniente. Neste ponto, a jurisprudência é pacífica a favor do pleito fazendário de que não há direito adquirido¹.

5. Neste parecer, tem-se em foco a controvérsia sobre os efeitos da concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, se meramente declaratório, de modo que possui efeitos *ex tunc*, ou se constitutivo, de modo que possui efeitos *ex nunc*.

6. O Poder Judiciário entendeu, conforme se observa da jurisprudência pacífica do STJ, no sentido de que o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é meramente declaratório, de modo que possui efeitos *ex tunc*. De acordo com o ministro Castro Meira, no julgamento

1. Neste sentido, observe o seguinte precedente da Segunda Turma do STF:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. IMUNIDADE. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - CEBAS. RENOVAÇÃO PERIÓDICA. CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AOS ARTIGOS 146, II e 195, § 7º DA CB/88. INOCORRÊNCIA. 1. A imunidade das entidades beneficentes de assistência social às contribuições sociais obedece a regime jurídico definido na Constituição. 2. O inciso II do art. 55 da Lei nº 8.212/91 estabelece como uma das condições da isenção tributária das entidades filantrópicas, a exigência de que possuam o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, renovável a cada três anos. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de afirmar a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, razão motivo pelo qual não há razão para falar-se em direito à imunidade por prazo indeterminado. 4. A exigência de renovação periódica do CEBAS não ofende os artigos 146, II, e 195, § 7º, da Constituição. Precedente [RE nº 428.815, relator o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 24.6.05]. 5. Hipótese em que a recorrente não cumpriu os requisitos legais de renovação do certificado. Recurso não provido. (RMS 27093, relator(a): min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-02 PP-00244 RTJ VOL-00208-01 PP-00189)

do Resp 478239/RS, Segunda Turma²:

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): *Presentes os requisitos de admissibilidade, conção do recurso especial.*

Passo a sua análise.

Entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que basta a entidade possuir o Atestado de Registro no Conselho Nacional de Serviço Social - CNSS para que seja considerada de fins filantrópicos. Afirma, ainda, que o deferimento pelo CNSS do recadastramento e do pedido de emissão do Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos opera efeitos ex tunc. Conclui, portanto, que “resta incontroverso que o hospital é uma entidade de fins filantrópicos que preenche os requisitos necessários, pois o fato de não possuir o Certificado de Entidade de Filantropia, não lhe retira essa qualidade que lhe confere o benefício do privilégio fiscal” (fl. 135).

Respaldou, outrossim, o seu raciocínio na assertiva de que apenas o art. 14 do CTN, por se tratar de Lei Complementar, é que poderia regulamentar o art. 195, § 7º da Constituição da República, afastando, por conseguinte, o art. 55 da Lei nº 8.212/95, que prevê a obrigatoriedade do Certificado de Filantropia. A título de ilustração colaciono o voto condutor recorrido:

(...)

Irresignada, a autarquia sustenta que “nem o art. 55 da Lei nº 8.212/91, nem a Lei 9.532/97, regularam as imunidades, porque são leis ordinárias, por isso, seus dispositivos que contém favores fiscais condicionantes a determinados requisitos objetivos, estabeleceram simples ISENÇÕES, perfeitamente admissíveis de serem concedidas por lei ordinárias” (fl. 150).

O certificado de filantropia serve para que o ente governamental reconheça a existência de entidade que realiza trabalho de cunho social e constituir a certeza jurídica necessária para o gozo da imunidade inscrita no § 7º do artigo 195 da Carta de República. É esse documento que exterioriza o direito a fruição deste favor fiscal, certificado e imunidade mantém intrínseca ligação.

Em precedente que discutia renovação de Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, o Ministro Franciulli Netto, ao emitir voto no Recurso Especial 77.539/DF, de relatoria do ministro Paulo Medina, bem analisou esse liame, conforme se lê:

“Nada obstante, não há perder de vista que o certificado é a simples exteriorização do benefício (imunidade). É este e não mero certificado que se encontra agasalhado pelo direito adquirido.

Dessa forma, cumpre obter que, na verdade, o bem jurídico pleiteado pela impetrante é o reconhecimento do direito à isenção (imunidade) da contribuição previdenciária patronal, adquirido com a expedição do primeiro certificado”.

A exigência do certificado, ao contrário do que preceitua o acórdão recorrido, encontra respaldo no artigo 55, II da Lei 8.212/91:

“Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente: (Vide Lei nº 9.429, de 26.12.1996)

(...)

II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos,

2. REsp 478239/RS, rel. ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 246.

fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos”.

A prevalecer o entendimento do aresto recorrido, qualquer contribuinte que entendesse cumprir as exigências legais para a caracterização da benemerência poderia valer-se disso para negar-se ao cumprimento de suas obrigações fiscais, independente de requerimento ou quando ainda estivesse sob o crivo do processo administrativo. Nesse sentido, transcrevo precedentes desta Corte:

“ADMINISTRATIVO. IMUNIDADE. RENOVAÇÃO DE CERTIFICADO DE FILANTROPIA. DIREITO ADQUIRIDO. ENTIDADE DETENTORA DE CERTIFICADO ANTERIOR À DL 1.572/77. O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS é o documento que exterioriza o direito a isenção inserta no art. 195, § 7º da Carta da República. A legislação pátria ressalvou os direitos adquiridos das entidades que obtiveram certificado de filantropia em data anterior ao Decreto-Lei. 1.572/77.

Cumpridos os requisitos insertos nos arts. 9º e 14 do Código Tributário Nacional. Ordem concedida” (MS 9152/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17.05.04).

Por outro lado, o atestado que certifica a instituição como de fins filantrópicos e o seu decreto como de utilidade pública federal, tem eficácia meramente declaratória e, portanto, operam efeitos ex tunc. Nesse sentido, colaciono recente precedente desta Turma acerca do tema: “PREVIDENCIÁRIO—CERTIFICADO DE UTILIDADE PÚBLICA—ISENÇÃO. 1. Esta Corte, acompanhando precedente do STF(RE115.510-8), tem entendido que o certificado que reconhece a entidade como filantrópica, de utilidade pública, tem efeito ex tunc, por se tratar de um ato declaratório. 2. Isenção das contribuições previdenciárias anteriores à expedição do certificado. 3. Recurso especial improvido” (REsp 755540/RS, rel. min. Eliana Calmon DJ12.09.05).

Ante o exposto, dou provimento, em parte, ao recurso especial. É como voto”. (sem destaques no original)

7. Observe-se o mesmo entendimento na Primeira Turma, quando do julgamento do REsp 768.889/DF³, rel. min. Teori Albino Zavascki, no qual se vislumbra claramente um limite nos efeitos retroativos do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social. Neste sentido:

“(…)

Depreende-se dos autos que, muito embora houvesse formulado requerimento de recadastramento em 25.07.94, a recorrente somente veio a obter a primeira renovação de seu certificado em 26.08.96. A falta de clareza dos regramentos transcritos acima e a demora na renovação suscitaram crise de certeza quanto à continuidade da isenção neste intervalo (25.07.94 a 26.08.96), o que impeliu a recorrente a buscar a tutela jurisdicional. A controvérsia cinge-se, portanto, em definir qual a eficácia própria do ato de concessão do certificado, se constitutiva, de modo a gerar efeitos a partir de 26.08.96 (data da efetiva renovação do certificado pelo CNAS), ou declaratória, a operar efeitos retroativos à data da postulação administrativa, vale dizer, 25.07.94.

Dada a relevância do ato de renovação para efeitos fiscais, o acórdão recorrido, mantendo o entendimento da sentença, definiu que a eficácia do ato de renovação deveria retroagir à data do

3. REsp 768889/DF, rel. ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, **PRIMEIRA TURMA**, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009.

requerimento, ponderando o seguinte:

“In casu, persiste a dúvida quanto ao exato momento de início da contagem do prazo de validade do certificado. Da leitura do artigo supratranscrito, percebe-se que a intenção do legislador é no sentido de evitar a solução de continuidade da isenção da quota patronal da contribuição previdenciária. (...) A validade do certificado é de três (03) anos e, no que concerne à isenção da contribuição previdenciária, leva-se em conta o período antecedente à emissão do CEFF. Portanto, deve tomar-se por base a data do requerimento administrativo.” (fl.97)

A solução ministrada pelo acórdão recorrido é consentânea como entendimento desta Corte Superior sobre a eficácia dos atos de concessão/renovação de certificados para fins de reconhecimento da isenção da contribuição previdenciária. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – CERTIFICADO DE UTILIDADE PÚBLICA – ISENÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – EFEITO EX TUNC – A ANÁLISE DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 55 DA LEI 8.212/91 IMPLICA NO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO (SÚMULA 7/STJ) – REVISÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MATÉRIA DE FATO (SÚMULA 7/STJ). 1. A análise do cumprimento dos requisitos do art. 55 da Lei 8.212/91 implica no reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. Esta Corte, acompanhando precedente do STF (RE 115.510-8), tem entendido que o certificado que reconhece a entidade como filantrópica, de utilidade pública, tem efeito ex tunc, por se tratar de um ato declaratório. 3. Isenção das contribuições previdenciárias anteriores à expedição do certificado. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (REsp 1.027.577//PR, 2ª Turma, min. Eliana Calmon, DJe de 26.02.2009)
(...)” (sem destaques no original)

8. Nessa linha, citam-se exemplos de decisões que expressam o posicionamento pacífico firmado no âmbito do E. STJ: REsp 1.027.577/PR, 2ª Turma, min. Eliana Calmon, DJe de 26.02.2009; AgRg no REsp 756.684/RS, rel. min. Denise Arruda, DJ de 02.08.07; REsp 413728/RS, rel. ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2002, DJ 02/12/2002, p. 283; AgRg no REsp 579549/RS, rel. ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2004, DJ 30/09/2004, p. 223; AgRg no REsp 382136/RS, rel. ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 03/05/2004, p. 95.

III

9. É necessário esclarecer, contudo, que apesar do entendimento pacífico do STJ de que o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é

meramente declaratório e de que, portanto, possui efeitos *ex tunc*, a própria Corte também é clara no sentido de que a obtenção do CEBAS não dispensa que a entidade interessada cumpra os demais requisitos legais, conforme preconiza a Súmula/STJ n° 352, *in verbis*: “A obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) não exige a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes”.

10. No REsp n° 478.239/RS, relator ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 28.11.2005, sustentou-se que “o comando previsto no parágrafo 7° do artigo 195 da CF/88 remete à lei o estabelecimento dos requisitos à sua concessão, lei complementar, como estatuído no artigo 146 da Carta Política, pois a ela cabe regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (CF, art. 146, II)”, e que, desse modo, “os requisitos estabelecidos para fruição da imunidade não são aqueles dispostos no artigo 55 da lei n° 8.212, de 1991, mas sim no Código Tributário Nacional, artigo 14, porquanto o mesmo possui força de lei Complementar”.

11. Ocorre que no referido recurso especial discutia-se situação muito peculiar, qual seja, a de uma entidade que havia obtido o certificado de filantropia antes do advento do Decreto-Lei n° 1.572/77, que dispunha o seguinte em art. 1°, § 1°:

§ 1°. A revogação a que se refere este artigo não prejudicará a instituição que tenha sido reconhecida como de utilidade pública pelo Governo Federal até a data de publicação deste Decreto-Lei, seja portadora de certificado de entidade de fins filantrópicos com validade por prazo indeterminado e esteja isenta daquela contribuição.

12. A legislação posterior continuou a ressaltar esse direito, conforme se pode constatar do § 1° do art. 55 da Lei n° 8.212/91, *in verbis*:

§ 1° - **Ressalvados os direitos adquiridos**, a isenção de que trata este artigo será requerida ao INSS, que terá o prazo de 30 dias para despachar o pedido. (Grifou-se)

13. Por isso, entendeu o STJ, no MS n° 9.152, relator ministro Castro Meira, DJ de 17.05.2004, que se aplicava, ao caso, o art. 9° c/c o art. 14 do CTN, dispensando a entidade do cumprimento dos requisitos legais posteriores.

14. Sobre a questão, há manifestação do Supremo Tribunal Federal na decisão liminar da ADI n° 2028-5, *in verbis*:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998. - Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social - e que é admitido pela Constituição - é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna.

De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a “lei” para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar.

No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação à matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária.

É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei” sem qualificá-la como complementar - e o mesmo ocorre quanto ao artigo 150, VI, “c”, da Carta Magna -, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146, II (“Cabe à lei complementar: ... II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa.

A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância, embora, no caso, se acolhida, e, em consequência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei 8.212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar, e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não conhecimento desta para se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência.

Em se tratando, porém, de pedido de liminar, e sendo igualmente relevante a tese contrária - a de que, no que diz respeito a requisitos a ser observados por entidades para que possam gozar da imunidade, os dispositivos específicos, ao exigirem apenas lei, constituem exceção ao princípio geral -, não me parece que a primeira, no tocante à relevância, se sobreponha à segunda de tal modo que permita a concessão da liminar que não poderia dar-se por não ter sido atacado também o artigo 55 da Lei 8.212/91 que voltaria a vigorar integralmente em sua redação originária, deficiência essa da inicial que levaria, de pronto, ao não conhecimento da presente ação

direta. Entendo que, em casos como o presente, em que há, pelo menos num primeiro exame, equivalência de relevâncias, e em que não se alega contra os dispositivos impugnados apenas inconstitucionalidade formal, mas também inconstitucionalidade material, se deva, nessa fase da tramitação da ação, trancá-la com o seu não conhecimento, questão cujo exame será remetido para o momento do julgamento final do feito.

Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei”, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, é de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada.

É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados - o que não poderia ser feito sequer por lei complementar - estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade). Existência, também, do “*periculum in mora*”. Referendou-se o despacho que concedeu a liminar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta.

15. De todo modo, parece evidente que no entendimento do STJ, o intitulado ‘direito adquirido’ trata-se, na verdade, de um ‘direito resguardado’ ou ‘res-salvado’ na legislação posterior, considerando que, conforme jurisprudência pacífica do STF e também do STJ, não há direito adquirido a regime jurídico. Assim, na hipótese de alteração legislativa, sem a salvaguarda do mencionado direito, a entidade deve cumprir os novos requisitos legais. Nesse sentido, reitera-se, é a Súmula/STJ nº 352, *in verbis*: “A obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) não exige a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes”. Deve-se atentar para um dos precedentes que lastreiam a referida súmula:

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – CEBAS. CANCELAMENTO. ENTIDADE DECLARADA DE UTILIDADE PÚBLICA ANTES DO DECRETO-LEI 1.572/77. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. Não há direito adquirido a regime jurídico-tributário, ainda que a entidade tenha sido reconhecida como de caráter filantrópico na forma do Decreto-Lei 1.572/77. Nada impede, portanto, que a legislação superveniente estabeleça novos requisitos para o gozo da imunidade fiscal e obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – Cebas. Precedentes. 2. É inadequada a ação mandamental se, de plano, não houver a demonstração

do suposto direito líquido e certo. No caso, é imprescindível para a renovação do Cebas a produção de prova pericial, a fim de se comprovar a aplicação do percentual mínimo de 20% da receita em gratuidade, providência inviável em sede de mandado de segurança, ante a impossibilidade de dilação probatória. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no MS nº 10.757, relator o ministro Castro Meira, DJ 03.03.2008) (Grifou-se)

16. Em outros precedentes (ex.: REsp nº 768.889/DF, relator ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 06.08.2009), o STJ entendeu que, **nos casos de pedido renovação** do certificado de entidade de fins filantrópicos, caso deferido, seus efeitos retroagem à data do protocolo do requerimento, sem a necessidade de novo pedido de isenção ao Fisco. Assim, o referido precedente também trata de um caso específico, qual seja, o pedido de renovação do certificado, que tem validade de três anos, o que dispensa a repetição dos atos já praticados no pedido originário, desde que o requerimento de renovação seja realizado ainda dentro do período de validade do certificado anterior, e desde que não existam novos requisitos a cumprir por exigência de legislação superveniente.

17. É evidente, portanto, que a regra jurisprudencial atual é aquela disposta na Súmula/STJ nº 352, já citada. Desse modo, o STJ orienta no sentido de reconhecer que os requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, e os consignados em outros instrumentos legais, devem ser respeitados para fins de gozo do benefício fiscal disposto no § 7º do art. 195 da Constituição da República, não bastando a apresentação apenas do CEBAS para tal fim.

18. Entretanto, conforme já assinalado, em relação ao efeito do CEBAS, dimana, das decisões transcritas do item 8, a firme posição do STJ, contrária ao entendimento da Fazenda Nacional acerca da matéria, que permanece atualmente no sentido do efeito meramente declaratório do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, de modo que possui efeitos *ex tunc*.

19. Contudo, faz-se mister esclarecer que com o advento da Lei nº 12.101, de 2009, a entidade somente pode ser considerada como beneficente a partir da data de publicação da concessão de certificação, o que corrobora a própria Súmula nº 352 do STJ, já que se trata de legislação superveniente, devendo ser acatada.

20. Vale ressaltar que a jurisprudência pacífica do STJ com relação à matéria teve por base precedente antigo do STF, anterior à vigência do art. 55 da Lei nº 8.212/91, quando esta Corte Suprema ainda se pronunciava sobre matéria infraconstitucional, conforme se observa da ementa a seguir:

CERTIFICADO DE FILANTROPIA. ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL A PREVIDÊNCIA PATRONAL. A EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO DE FILANTROPIA TEM CARÁTER DECLARATÓRIO E COMO TAL GERA EFEITOS EX-TUNC. SE A ENTIDADE REQUEREU O CERTIFICADO ANTES DA DETERMINAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE ARQUIVOU OS PROCESSOS RESPECTIVOS, MAS VEIO TÊ-LO DEFERIDO ANOS DEPOIS, QUANDO REVOGADA A MEDIDA, O SEU DIREITO AS VANTAGENS CONFERIDAS PELA LEI RETROTRAEM A DATA DO REQUERIMENTO, INCLUSIVE O DA ISENÇÃO DA QUOTA PATRONAL DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 115510, relator(a): min. CARLOS MADEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/1988, DJ 11-11-1988 PP-29311 EMENT VOL-01523-03 PP-00634)

21. No sentido aqui exposto, já se pronunciou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, através do Parecer PGFN/CAT n° 1.214/2009, afirmando que o caráter declaratório do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social não faz com que os seus efeitos retroajam até a data que hipoteticamente a entidade reuniria os requisitos para o gozo do benefício, cujo trecho segue, *in verbis*:

25. Como se percebe, a doutrina especializada ora entende que os efeitos do reconhecimento do direito à isenção são “ex nunc”, porque retroagem à data do correspondente requerimento, e ora entende que é “ex tunc”, também porque retroage à data do requerimento. Neste ponto há consenso, pois, sejam “ex tunc” ou “ex nunc”, os doutrinadores convergem para concluir que os efeitos retroagem à data do requerimento.

26. Da mesma forma, a discussão ganha contornos nos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal – STF, embora aludindo aos efeitos do Certificado de Filantropia (atual CEBAS), no sentido de que a sua expedição tem caráter declaratório e como tal gera efeitos “ex tunc”, também abordou a questão da isenção:

“CERTIFICADO DE FILANTROPIA. ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL A PREVIDÊNCIA PATRONAL. A EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO DE FILANTROPIA TEM CARÁTER DECLARATÓRIO E COMO TAL GERA EFEITOS EX-TUNC. SE A ENTIDADE REQUEREU O CERTIFICADO ANTES DA DETERMINAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE ARQUIVOU OS PROCESSOS RESPECTIVOS, MAS VEIO TÊ-LO DEFERIDO ANOS DEPOIS, QUANDO REVOGADA A MEDIDA, O SEU DIREITO AS VANTAGENS CONFERIDAS PELA LEI RETROTRAEM À DATA DO REQUERIMENTO, INCLUSIVE O DA ISENÇÃO DA QUOTA PATRONAL DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (RE 115.510/RJ, rel. min. Carlos Madeira, Segunda Turma, DJ de 11/11/1988). (Grifamos)

27. Apesar de reconhecer o caráter declaratório da expedição do Certificado de Filantropia,

a qual geraria efeitos “ex tunc”, segundo o STF; ao mesmo tempo a Corte Suprema também entendeu que os efeitos “ex tunc” seriam justamente para retroagir à data do requerimento do Certificado, e não à data em que a entidade preencheu os requisitos para ser portadora deste, sem, contudo, requerê-la.

28. *Se quanto à expedição do antigo Certificado de Filantropia o STF entendeu que a sua natureza declaratória seria no sentido de retroagir os efeitos correspondentes (“ex tunc”) à data do seu requerimento, com muito mais razão os direitos oriundos do reconhecimento da isenção também devem retroagir à data do seu requerimento à SRFB (como disposto no § 2º do art. 208 do Regulamento da Previdência Social), e não à data em que hipoteticamente a entidade reuniria os requisitos para o gozo da isenção. Isto, porque o CEBAS é apenas um dos requisitos necessários ao gozo da isenção – outros requisitos deverão ser observados para que a entidade tenha deferido o benefício fiscal, conforme disposto no art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991.*

29. *É cediço que no Superior Tribunal de Justiça – STJ, há julgados que ao discutir os efeitos do CEBAS (se “ex tunc” ou “ex nunc”), também estendem tal discussão à isenção, na medida em que o fazem em relação ao crédito tributário oriundo do não pagamento da contribuição patronal. Nesse sentido, entre outros, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 432.286/RS, rel. min. Franciulli Netto, DJ de 29/09/03; e o Agravo Regimental no Recurso Especial 382.136/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03/05/2004.*

30. *Porém, é de ser ter em conta o relevante fato de que a jurisprudência do STJ em muito evoluiu desde a época do julgamento desses processos, atualmente orientando no sentido de reconhecer que os requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, e os consignados em outros instrumentos legais, devem ser respeitados para fins de gozo do benefício fiscal disposto no § 7º do art. 195 da Constituição da República, não bastando a apresentação apenas do CEBAS para tal fim.*

31. *Nesse sentido, cite-se como exemplos os seguintes julgados: MS 11.394/DF (Mandado de Segurança, rel. min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ de 02/04/2007); REsp 758.001/RS (Recurso Especial, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 13/09/2007); MS 010.786/DF (Mandado de Segurança, rel. min. João Otávio de Noronha, DJ de 07/11/2007); MS 12.517/DF (Mandado de Segurança, rel. min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ de 19/12/2007). E ainda, corrobora a assertiva a Súmula 352 do STJ, DJ de 19/06/2008⁴.*

32. *Assim, resta patente que todo o arcabouço legal relativo à matéria é na linha da necessidade de cumprimento de certas formalidades para o reconhecimento da isenção, e isto é feito a partir do competente requerimento de tal benefício fiscal. Não é despidendo lembrar que a exigência de tais formalidades encontra assento no próprio texto constitucional. O requerimento previsto no § 1º do art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, cumpre exatamente essa função, que é a de dar efetividade ao comando do § 7º do art. 195 da Constituição Federal, possibilitando a verificação se os requisitos para a fruição das contribuições para a seguridade social estão sendo respeitados.*

4. “A obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) não exige a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes.”

33. Sustentar que os efeitos do reconhecimento da isenção retroagem à data do cumprimento das condições estampadas no art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, seria ir de encontro à sistemática legal que informa o assunto, notadamente quando estamos diante de renúncia de receitas da Seguridade Social e, sobretudo, da Previdência Social. Acaso prevalecesse essa tese, correr-se-ia o risco de que qualquer contribuinte que entendesse cumprir as exigências para a caracterização do direito à isenção poderia valer-se desse entendimento para negar-se ao cumprimento de suas obrigações fiscais, independentemente de requerimento ou, ainda, quando o seu requerimento estivesse sob o crivo da análise Administração Pública, o que poderia gerar considerável evasão de recursos da Seguridade Social.

(...)

44. Ante o exposto, conclui-se:

44.1. Com fundamento no § 7º do art. 195 da CF, no art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, em especial no seu § 1º, e no art. 208 do Decreto nº 3.048, de 1999, opina-se no sentido de que os efeitos do reconhecimento da isenção devem retroagir à data do protocolo do respectivo pedido.

(...)"

22. Desta forma, o efeito meramente declaratório do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social apenas determina a retroação dos seus efeitos até a data do protocolo do respectivo pedido, sem prejuízo do cumprimento dos demais requisitos legais.

23. Nesses termos, não há dúvida de que futuros recursos que versem sobre a matéria apenas sobrecarregarão o Poder Judiciário, sem nenhuma perspectiva de sucesso para a Fazenda Nacional. Portanto, continuar insistindo nessa tese significará apenas alocar os recursos colocados à disposição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em causas nas quais, previsivelmente, não se terá êxito.

24. Outrossim, deve-se buscar evitar a constituição de novos créditos tributários que levem em consideração interpretação diversa daquela adotada pelo STJ nessa matéria.

25. Cumpre, pois, perquirir se, em face do sobredito, e tendo por fundamento o disposto no art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, e no art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10.10.97, é o caso de ser dispensada a interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, bem como a dispensa de apresentação de contestação. Ora, os artigos citados têm o seguinte teor:

“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral

da Fazenda Nacional, aprovado pelo ministro de Estado da Fazenda.”

“Art. 5º. Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos”.

26. Decorre dos dispositivos legais acima reproduzidos que a possibilidade de ser dispensada a interposição de recurso ou a desistência do que tenha sido interposto, bem como a autorização para não contestar, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, pode ser exercida pela Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, mediante ato declaratório, a ser aprovado pelo ministro de Estado da Fazenda, observados os seguintes requisitos:

- a) a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional tenha competência para representar, judicialmente, a União, nas respectivas causas; e
- b) haja decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência.

27. Examinando-se a hipótese vertente, desde logo, conclui-se que:

I) nas causas em que se discute se o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social possui eficácia declaratória para fins de imunidade (isenção), a competência para representar a União é da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, já que se trata de matéria fiscal⁵ (art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993); e

II) as decisões, citadas exemplificativamente ao longo deste Parecer, manifestam a reiterada jurisprudência do STJ no sentido de se reconhecer a natureza meramente declaratória do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, apontando para a eficácia *ex tunc* dos seus efeitos.

28. Destarte, há base legal para a edição de ato declaratório da senhora procuradora-geral da Fazenda Nacional, a ser aprovado pelo senhor ministro de Estado da Fazenda, que dispense a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, bem como de apresentar contestação, acerca da matéria ora abordada.

29. Por fim, merece ser ressaltado que o presente Parecer não implica, em

5. Parecer PGFN/CRJ/Nº 2206/2008.

hipótese nenhuma, o reconhecimento da correção da tese adotada pelo STJ. O que se reconhece é a pacífica jurisprudência desse Tribunal Superior, a recomendar a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, eis que os mesmos se mostrarão inúteis e apenas sobrecarregarão o Poder Judiciário e a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

IV

30. Assim, presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, c/c o art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10.10.97, recomenda-se sejam autorizadas pela senhora procuradora-geral da Fazenda Nacional a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, com relação às ações e decisões judiciais que fixam o entendimento de que o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS é meramente declaratório, produzindo efeito *ex tunc*, retroagindo à data de protocolo do respectivo requerimento, ressalvado o disposto no art. 31 da Lei nº 12.101, de 2009 (data da publicação da concessão da certificação), desde que inexistam outros fundamentos relevantes, como a necessidade de cumprimento da legislação superveniente pelo contribuinte.

À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 20 de junho de 2011.

VINICIUS CAMPOS SILVA
Procurador da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 21 de julho de 2011.

JOÃO BATISTA DE FIGUEIREDO
Coordenador de Consultoria Judicial

À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 21 de julho de 2011.

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

Coordenador-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional

De acordo. Submeta-se à apreciação da sra. procuradora-geral da Fazenda Nacional

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 26 de agosto de 2011.

FABRÍCIO DA SOLLER

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário

Aprovo. Submeta-se à apreciação do senhor ministro de Estado da Fazenda para os fins da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, e do Decreto nº 2.346, de 10.10.97. Após, publiquem-se os respectivos despachos e atos declaratórios. Com a publicação, dê-se ciência do presente Parecer ao senhor secretário da Receita Federal do Brasil, para a finalidade prevista nos §§ 4º e 5º do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19.07.2002.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 10 de novembro de 2011.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO

LEI COMPLEMENTAR Nº 141, DE 13 DE JANEIRO DE 2012

Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

CAPÍTULO I **DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Esta Lei Complementar institui, nos termos do § 3º do art. 198 da Constituição Federal:

I - o valor mínimo e normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pela União em ações e serviços públicos de saúde;

II - percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios em ações e serviços públicos de saúde;

III - critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios, visando à progressiva redução das disparidades regionais;

IV - normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde

nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

CAPÍTULO II

DAS AÇÕES E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Art. 2º Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;

II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;

III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);

IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;

V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;

VI - 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 nesta Lei Complementar;

VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;

VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;

IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;

X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;

XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e

XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

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:

I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;

II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;

III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;

IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;

V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos

para essa finalidade;

VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;

VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;

VIII - ações de assistência social;

IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e

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.

CAPÍTULO III **DA APLICAÇÃO DE RECURSOS EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

Seção I

Dos Recursos Mínimos

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

Art. 6º 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.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Art. 9º Está compreendida na base de cálculo dos percentuais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios qualquer compensação financeira proveniente de impostos e transferências constitucionais previstos no § 2º do art. 198 da Constituição Federal, já instituída ou que vier a ser criada, bem como a dívida ativa, a multa e os juros de mora decorrentes dos impostos cobrados diretamente ou por meio de processo administrativo ou judicial.

Art. 10. Para efeito do cálculo do montante de recursos previsto no § 3º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º, devem ser considerados os recursos decorrentes da dívida ativa, da multa e dos juros de mora provenientes dos impostos e da sua respectiva dívida ativa.

Art. 11. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão observar o disposto nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas sempre que os percentuais nelas estabelecidos forem superiores aos fixados nesta Lei Complementar para aplicação em ações e serviços públicos de saúde.

Seção II

Do Repasse e Aplicação dos Recursos Mínimos

Art. 12. Os recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde, para ser aplicados em ações e serviços públicos de saúde.

Art. 13. (VETADO).

§ 1º (VETADO).

§ 2º Os recursos da União previstos nesta Lei Complementar serão transferidos aos demais entes da Federação e movimentados, até a sua destinação final, em contas específicas mantidas em instituição financeira oficial federal, observados os critérios e procedimentos definidos em ato próprio do Chefe do Poder Executivo da União.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A movimentação dos recursos repassados aos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve realizar-se, exclusivamente, mediante cheque nominativo, ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil, em que fique identificada a sua destinação e, no caso de pagamento, o credor.

Art. 14. O Fundo de Saúde, instituído por lei e mantido em funcionamento pela administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constituir-se-á em unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde, ressalvados os recursos repassados diretamente às unidades vinculadas ao Ministério da Saúde.

Art. 15. (VETADO).

Art. 16. O repasse dos recursos previstos nos arts. 6º a 8º será feito diretamente ao Fundo de Saúde do respectivo ente da Federação e, no caso da União, também às demais unidades orçamentárias do Ministério da Saúde.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º As instituições financeiras referidas no § 3º do art. 164 da Constituição Federal são obrigadas a evidenciar, nos demonstrativos financeiros das contas correntes do ente da Federação, divulgados inclusive em meio eletrônico, os valores globais das transferências e as parcelas correspondentes destinadas ao Fundo de Saúde, quando adotada a sistemática prevista no § 2º deste artigo, observadas as normas editadas pelo Banco Central do Brasil.

§ 4º (VETADO).

Seção III

Da Movimentação dos Recursos da União

Art. 17. O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do caput dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde e, ainda, o disposto no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal.

§ 1º O Ministério da Saúde definirá e publicará, anualmente, utilizando metodologia pactuada na comissão intergestores tripartite e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, os montantes a serem transferidos a cada Estado, ao Distrito Federal e a cada Município para custeio das ações e serviços públicos de saúde.

§ 2º Os recursos destinados a investimentos terão sua programação realizada anualmente e, em sua alocação, serão considerados prioritariamente critérios que visem a reduzir as desigualdades na oferta de ações e serviços públicos de saúde e garantir a integralidade da atenção à saúde.

§ 3º O Poder Executivo, na forma estabelecida no inciso I do caput do art. 9º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, manterá os Conselhos de Saúde e os Tribunais de Contas de cada ente da Federação informados sobre o montante de recursos previsto para transferência da União para Estados, Distrito Federal e Municípios com base no Plano Nacional de Saúde, no termo de compromisso de gestão firmado entre a União, Estados e Municípios.

Art. 18. Os recursos do Fundo Nacional de Saúde, destinados a despesas com as ações e serviços públicos de saúde, de custeio e capital, a serem executados pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios serão transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde, de forma regular e automática, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos.

Parágrafo único. Em situações específicas, os recursos federais poderão ser transferidos aos Fundos de Saúde por meio de transferência voluntária realizada entre a União e os demais entes da Federação, adotados quaisquer dos meios formais previstos no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal, observadas as normas de financiamento.

Seção IV

Da Movimentação dos Recursos dos Estados

Art. 19. O rateio dos recursos dos Estados transferidos aos Municípios para ações e serviços públicos de saúde será realizado segundo o critério de necessidades de saúde da população e levará em consideração as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica e espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais, nos termos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal.

§ 1º Os Planos Estaduais de Saúde deverão explicitar a metodologia de alocação dos recursos estaduais e a previsão anual de recursos aos Municípios, pactuadas pelos gestores estaduais e municipais, em comissão intergestores bipartite, e aprovadas pelo Conselho Estadual de Saúde.

§ 2º O Poder Executivo, na forma estabelecida no inciso II do caput do art. 9º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, manterá o respectivo Conselho de Saúde e Tribunal de Contas informados sobre o montante de recursos previsto para transferência do Estado para os Municípios com base no Plano Estadual de Saúde.

Art. 20. As transferências dos Estados para os Municípios destinadas a financiar ações e serviços públicos de saúde serão realizadas diretamente aos Fundos Municipais de Saúde, de forma regular e automática, em conformidade com os critérios de transferência aprovados pelo respectivo Conselho de Saúde.

Parágrafo único. Em situações específicas, os recursos estaduais poderão ser repassados aos Fundos de Saúde por meio de transferência voluntária realizada entre o Estado e seus Municípios, adotados quaisquer dos meios formais previstos no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal, observadas as normas de financiamento.

Art. 21. Os Estados e os Municípios que estabelecerem consórcios ou outras formas legais de cooperativismo, para a execução conjunta de ações e serviços de saúde e cumprimento da diretriz constitucional de regionalização e hierarquização da rede de serviços, poderão remanejar entre si parcelas dos recursos dos Fundos de Saúde derivadas tanto de receitas próprias como de transferências obrigatórias, que serão administradas segundo modalidade gerencial pactuada pelos entes envolvidos.

Parágrafo único. A modalidade gerencial referida no caput deverá estar em consonância com os preceitos do Direito Administrativo Público, com os princípios inscritos na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, na Lei nº

8.142, de 28 de dezembro de 1990, e na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, e com as normas do SUS pactuadas na comissão intergestores tripartite e aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde.

Seção V

Disposições Gerais

Art. 22. É vedada a exigência de restrição à entrega dos recursos referidos no inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal na modalidade regular e automática prevista nesta Lei Complementar, os quais são considerados transferência obrigatória destinada ao custeio de ações e serviços públicos de saúde no âmbito do SUS, sobre a qual não se aplicam as vedações do inciso X do art. 167 da Constituição Federal e do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Parágrafo único. A vedação prevista no caput não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega dos recursos:

I - à instituição e ao funcionamento do Fundo e do Conselho de Saúde no âmbito do ente da Federação; e

II - à elaboração do Plano de Saúde.

Art. 23. Para a fixação inicial dos valores correspondentes aos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, será considerada a receita estimada na lei do orçamento anual, ajustada, quando for o caso, por lei que autorizar a abertura de créditos adicionais.

Parágrafo único. As diferenças entre a receita e a despesa previstas e as efetivamente realizadas que resultem no não atendimento dos percentuais mínimos obrigatórios serão apuradas e corrigidas a cada quadrimestre do exercício financeiro.

Art. 24. Para efeito de cálculo dos recursos mínimos a que se refere esta Lei Complementar, serão consideradas:

I - as despesas liquidadas e pagas no exercício; e

II - as despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em Restos a Pagar até o limite das disponibilidades de caixa ao final do exercício, consolidadas no Fundo de Saúde.

§ 1º A disponibilidade de caixa vinculada aos Restos a Pagar, considerados para fins do mínimo na forma do inciso II do caput e posteriormente

cancelados ou prescritos, deverá ser, necessariamente, aplicada em ações e serviços públicos de saúde.

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, a disponibilidade deverá ser efetivamente aplicada em ações e serviços públicos de saúde até o término do exercício seguinte ao do cancelamento ou da prescrição dos respectivos Restos a Pagar, mediante dotação específica para essa finalidade, sem prejuízo do percentual mínimo a ser aplicado no exercício correspondente.

§ 3º Nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, serão consideradas para fins de apuração dos percentuais mínimos fixados nesta Lei Complementar as despesas incorridas no período referentes à amortização e aos respectivos encargos financeiros decorrentes de operações de crédito contratadas a partir de 1º de janeiro de 2000, visando ao financiamento de ações e serviços públicos de saúde.

§ 4º Não serão consideradas para fins de apuração dos mínimos constitucionais definidos nesta Lei Complementar as ações e serviços públicos de saúde referidos no art. 3º:

I - na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, referentes a despesas custeadas com receitas provenientes de operações de crédito contratadas para essa finalidade ou quaisquer outros recursos não considerados na base de cálculo da receita, nos casos previstos nos arts. 6º e 7º;

II - (VETADO).

Art. 25. Eventual diferença que implique o não atendimento, em determinado exercício, dos recursos mínimos previstos nesta Lei Complementar deverá, observado o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal, ser acrescida ao montante mínimo do exercício subsequente ao da apuração da diferença, sem prejuízo do montante mínimo do exercício de referência e das sanções cabíveis.

Parágrafo único. Compete ao Tribunal de Contas, no âmbito de suas atribuições, verificar a aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde de cada ente da Federação sob sua jurisdição, sem prejuízo do disposto no art. 39 e observadas as normas estatuídas nesta Lei Complementar.

Art. 26. Para fins de efetivação do disposto no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal, o condicionamento da entrega de recursos poderá ser feito mediante exigência da comprovação de aplicação adicional do

percentual mínimo que deixou de ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde no exercício imediatamente anterior, apurado e divulgado segundo as normas estatuídas nesta Lei Complementar, depois de expirado o prazo para publicação dos demonstrativos do encerramento do exercício previstos no art. 52 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 1º No caso de descumprimento dos percentuais mínimos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, verificado a partir da fiscalização dos Tribunais de Contas ou das informações declaradas e homologadas na forma do sistema eletrônico instituído nesta Lei Complementar, a União e os Estados poderão restringir, a título de medida preliminar, o repasse dos recursos referidos nos incisos II e III do § 2º do art. 198 da Constituição Federal ao emprego em ações e serviços públicos de saúde, até o montante correspondente à parcela do mínimo que deixou de ser aplicada em exercícios anteriores, mediante depósito direto na conta corrente vinculada ao Fundo de Saúde, sem prejuízo do condicionamento da entrega dos recursos à comprovação prevista no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal.

§ 2º Os Poderes Executivos da União e de cada Estado editarão, no prazo de 90 (noventa) dias a partir da vigência desta Lei Complementar, atos próprios estabelecendo os procedimentos de suspensão e restabelecimento das transferências constitucionais de que trata o § 1º, a serem adotados caso os recursos repassados diretamente à conta do Fundo de Saúde não sejam efetivamente aplicados no prazo fixado por cada ente, o qual não poderá exceder a 12 (doze) meses contados a partir da data em que ocorrer o referido repasse.

§ 3º Os efeitos das medidas restritivas previstas neste artigo serão suspensos imediatamente após a comprovação por parte do ente da Federação beneficiário da aplicação adicional do montante referente ao percentual que deixou de ser aplicado, observadas as normas estatuídas nesta Lei Complementar, sem prejuízo do percentual mínimo a ser aplicado no exercício corrente.

§ 4º A medida prevista no caput será restabelecida se houver interrupção do cumprimento do disposto neste artigo ou se for constatado erro ou fraude, sem prejuízo das sanções cabíveis ao agente que agir, induzir ou concorrer, direta ou indiretamente, para a prática do ato fraudulento.

§ 5º Na hipótese de descumprimento dos percentuais mínimos de saúde por parte dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, as transferências voluntárias da União e dos Estados poderão ser restabelecidas desde que o ente beneficiário comprove o cumprimento das disposições estatuídas neste artigo,

sem prejuízo das exigências, restrições e sanções previstas na legislação vigente.

Art. 27. Quando os órgãos de controle interno do ente beneficiário, do ente transferidor ou o Ministério da Saúde detectarem que os recursos previstos no inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal estão sendo utilizados em ações e serviços diversos dos previstos no art. 3º desta Lei Complementar, ou em objeto de saúde diverso do originalmente pactuado, darão ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público competentes, de acordo com a origem do recurso, com vistas:

I - à adoção das providências legais, no sentido de determinar a imediata devolução dos referidos recursos ao Fundo de Saúde do ente da Federação beneficiário, devidamente atualizados por índice oficial adotado pelo ente transferidor, visando ao cumprimento do objetivo do repasse;

II - à responsabilização nas esferas competentes.

Art. 28. São vedadas a limitação de empenho e a movimentação financeira que comprometam a aplicação dos recursos mínimos de que tratam os arts. 5º a 7º.

Art. 29. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios excluir da base de cálculo das receitas de que trata esta Lei Complementar quaisquer parcelas de impostos ou transferências constitucionais vinculadas a fundos ou despesas, por ocasião da apuração do percentual ou montante mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde.

Art. 30. Os planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias, as leis orçamentárias e os planos de aplicação dos recursos dos fundos de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão elaborados de modo a dar cumprimento ao disposto nesta Lei Complementar.

§ 1º O processo de planejamento e orçamento será ascendente e deverá partir das necessidades de saúde da população em cada região, com base no perfil epidemiológico, demográfico e socioeconômico, para definir as metas anuais de atenção integral à saúde e estimar os respectivos custos.

§ 2º Os planos e metas regionais resultantes das pactuações intermunicipais constituirão a base para os planos e metas estaduais, que promoverão a equidade interregional.

§ 3º Os planos e metas estaduais constituirão a base para o plano e metas nacionais, que promoverão a equidade interestadual.

§ 4º Caberá aos Conselhos de Saúde deliberar sobre as diretrizes para o estabelecimento de prioridades.

CAPÍTULO IV

DA TRANSPARÊNCIA, VISIBILIDADE, FISCALIZAÇÃO, AVALIAÇÃO E CONTROLE

SEÇÃO I

DA TRANSPARÊNCIA E VISIBILIDADE DA GESTÃO DA SAÚDE

Art. 31. Os órgãos gestores de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios darão ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, das prestações de contas periódicas da área da saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade, com ênfase no que se refere a:

I - comprovação do cumprimento do disposto nesta Lei Complementar;

II - Relatório de Gestão do SUS;

III - avaliação do Conselho de Saúde sobre a gestão do SUS no âmbito do respectivo ente da Federação.

Parágrafo único. A transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde.

Seção II

Da Escrituração e Consolidação das Contas da Saúde

Art. 32. Os órgãos de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios manterão registro contábil relativo às despesas efetuadas com ações e serviços públicos de saúde.

Parágrafo único. As normas gerais para fins do registro de que trata o caput serão editadas pelo órgão central de contabilidade da União, observada a necessidade de segregação das informações, com vistas a dar cumprimento às disposições desta Lei Complementar.

Art. 33. O gestor de saúde promoverá a consolidação das contas referentes às despesas com ações e serviços públicos de saúde executadas por órgãos e entidades da administração direta e indireta do respectivo ente da Federação.

Seção III

Da Prestação de Contas

Art. 34. A prestação de contas prevista no art. 37 conterà demonstrativo das despesas com saúde integrante do Relatório Resumido da Execução Orçamentária, a fim de subsidiar a emissão do parecer prévio de que trata o art. 56 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Art. 35. As receitas correntes e as despesas com ações e serviços públicos de saúde serão apuradas e publicadas nos balanços do Poder Executivo, assim como em demonstrativo próprio que acompanhará o relatório de que trata o § 3º do art. 165 da Constituição Federal.

Art. 36. O gestor do SUS em cada ente da Federação elaborará Relatório detalhado referente ao quadrimestre anterior, o qual conterà, no mínimo, as seguintes informações:

I - montante e fonte dos recursos aplicados no período;

II - auditorias realizadas ou em fase de execução no período e suas recomendações e determinações;

III - oferta e produção de serviços públicos na rede assistencial própria, contratada e conveniada, cotejando esses dados com os indicadores de saúde da população em seu âmbito de atuação.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão comprovar a observância do disposto neste artigo mediante o envio de Relatório de Gestão ao respectivo Conselho de Saúde, até o dia 30 de março do ano seguinte ao da execução financeira, cabendo ao Conselho emitir parecer conclusivo sobre o cumprimento ou não das normas estatuídas nesta Lei Complementar, ao qual será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, sem prejuízo do disposto nos arts. 56 e 57 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 2º Os entes da Federação deverão encaminhar a programação anual do Plano de Saúde ao respectivo Conselho de Saúde, para aprovação antes da data de encaminhamento da lei de diretrizes orçamentárias do exercício correspondente, à qual será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.

§ 3º Anualmente, os entes da Federação atualizarão o cadastro no Sistema

de que trata o art. 39 desta Lei Complementar, com menção às exigências deste artigo, além de indicar a data de aprovação do Relatório de Gestão pelo respectivo Conselho de Saúde.

§ 4º O Relatório de que trata o caput será elaborado de acordo com modelo padronizado aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, devendo-se adotar modelo simplificado para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil habitantes).

§ 5º O gestor do SUS apresentará, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, em audiência pública na Casa Legislativa do respectivo ente da Federação, o Relatório de que trata o caput.

Seção IV

Da Fiscalização da Gestão da Saúde

Art. 37. Os órgãos fiscalizadores examinarão, prioritariamente, na prestação de contas de recursos públicos prevista no art. 56 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, o cumprimento do disposto no art. 198 da Constituição Federal e nesta Lei Complementar.

Art. 38. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, do sistema de auditoria do SUS, do órgão de controle interno e do Conselho de Saúde de cada ente da Federação, sem prejuízo do que dispõe esta Lei Complementar, fiscalizará o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que diz respeito:

I - à elaboração e execução do Plano de Saúde Plurianual;

II - ao cumprimento das metas para a saúde estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;

III - à aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, observadas as regras previstas nesta Lei Complementar;

IV - às transferências dos recursos aos Fundos de Saúde;

V - à aplicação dos recursos vinculados ao SUS;

VI - à destinação dos recursos obtidos com a alienação de ativos adquiridos com recursos vinculados à saúde.

Art. 39. Sem prejuízo das atribuições próprias do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas de cada ente da Federação, o Ministério da Saúde manterá sistema de registro eletrônico centralizado das informações de saúde referentes aos orçamentos públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluída sua execução, garantido o acesso público às informações.

§ 1º O Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde (Siops), ou outro sistema que venha a substituí-lo, será desenvolvido com observância dos seguintes requisitos mínimos, além de outros estabelecidos pelo Ministério da Saúde mediante regulamento:

I - obrigatoriedade de registro e atualização permanente dos dados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios;

II - processos informatizados de declaração, armazenamento e exportação dos dados;

III - disponibilização do programa de declaração aos gestores do SUS no âmbito de cada ente da Federação, preferencialmente em meio eletrônico de acesso público;

IV - realização de cálculo automático dos recursos mínimos aplicados em ações e serviços públicos de saúde previstos nesta Lei Complementar, que deve constituir fonte de informação para elaboração dos demonstrativos contábeis e extracontábeis;

V - previsão de módulo específico de controle externo, para registro, por parte do Tribunal de Contas com jurisdição no território de cada ente da Federação, das informações sobre a aplicação dos recursos em ações e serviços públicos de saúde consideradas para fins de emissão do parecer prévio divulgado nos termos dos arts. 48 e 56 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, sem prejuízo das informações declaradas e homologadas pelos gestores do SUS;

VI - integração, mediante processamento automático, das informações do Siops ao sistema eletrônico centralizado de controle das transferências da União aos demais entes da Federação mantido pelo Ministério da Fazenda, para fins de controle das disposições do inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal e do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 2º Atribui-se ao gestor de saúde declarante dos dados contidos no sistema especificado no caput a responsabilidade pelo registro dos dados no Siops

nos prazos definidos, assim como pela fidedignidade dos dados homologados, aos quais se conferirá fé pública para todos os fins previstos nesta Lei Complementar e na legislação concernente.

§ 3º O Ministério da Saúde estabelecerá as diretrizes para o funcionamento do sistema informatizado, bem como os prazos para o registro e homologação das informações no Siops, conforme pactuado entre os gestores do SUS, observado o disposto no art. 52 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 4º Os resultados do monitoramento e avaliação previstos neste artigo serão apresentados de forma objetiva, inclusive por meio de indicadores, e integrarão o Relatório de Gestão de cada ente federado, conforme previsto no art. 4º da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

§ 5º O Ministério da Saúde, sempre que verificar o descumprimento das disposições previstas nesta Lei Complementar, dará ciência à direção local do SUS e ao respectivo Conselho de Saúde, bem como aos órgãos de auditoria do SUS, ao Ministério Público e aos órgãos de controle interno e externo do respectivo ente da Federação, observada a origem do recurso para a adoção das medidas cabíveis.

§ 6º O descumprimento do disposto neste artigo implicará a suspensão das transferências voluntárias entre os entes da Federação, observadas as normas estatuídas no art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Art. 40. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disponibilizarão, aos respectivos Tribunais de Contas, informações sobre o cumprimento desta Lei Complementar, com a finalidade de subsidiar as ações de controle e fiscalização.

Parágrafo único. Constatadas divergências entre os dados disponibilizados pelo Poder Executivo e os obtidos pelos Tribunais de Contas em seus procedimentos de fiscalização, será dado ciência ao Poder Executivo e à direção local do SUS, para que sejam adotadas as medidas cabíveis, sem prejuízo das sanções previstas em lei.

Art. 41. Os Conselhos de Saúde, no âmbito de suas atribuições, avaliarão a cada quadrimestre o relatório consolidado do resultado da execução orçamentária e financeira no âmbito da saúde e o relatório do gestor da saúde sobre a repercussão da execução desta Lei Complementar nas condições de

saúde e na qualidade dos serviços de saúde das populações respectivas e encaminhará ao Chefe do Poder Executivo do respectivo ente da Federação as indicações para que sejam adotadas as medidas corretivas necessárias.

Art. 42. Os órgãos do sistema de auditoria, controle e avaliação do SUS, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão verificar, pelo sistema de amostragem, o cumprimento do disposto nesta Lei Complementar, além de verificar a veracidade das informações constantes do Relatório de Gestão, com ênfase na verificação presencial dos resultados alcançados no relatório de saúde, sem prejuízo do acompanhamento pelos órgãos de controle externo e pelo Ministério Público com jurisdição no território do ente da Federação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 43. A União prestará cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a implementação do disposto no art. 20 e para a modernização dos respectivos Fundos de Saúde, com vistas ao cumprimento das normas desta Lei Complementar.

§ 1º A cooperação técnica consiste na implementação de processos de educação na saúde e na transferência de tecnologia visando à operacionalização do sistema eletrônico de que trata o art. 39, bem como na formulação e disponibilização de indicadores para a avaliação da qualidade das ações e serviços públicos de saúde, que deverão ser submetidos à apreciação dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 2º A cooperação financeira consiste na entrega de bens ou valores e no financiamento por intermédio de instituições financeiras federais.

Art. 44. No âmbito de cada ente da Federação, o gestor do SUS disponibilizará ao Conselho de Saúde, com prioridade para os representantes dos usuários e dos trabalhadores da saúde, programa permanente de educação na saúde para qualificar sua atuação na formulação de estratégias e assegurar efetivo controle social da execução da política de saúde, em conformidade com o § 2º do art. 1º da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

Art. 45. (VETADO).

Art. 46. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas

segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e demais normas da legislação pertinente.

Art. 47. Revogam-se o § 1º do art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e o art. 12 da Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993.

Art. 48. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de janeiro de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Guido Mantega

Alexandre Rocha Santos Padilha

Eva Maria Cella Dal Chiavon

Luís Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.1.2012

LEI Nº 12.653, DE 28 DE MAIO DE 2012.

Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 135-A:

“Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.”

Art. 2º O estabelecimento de saúde que realize atendimento médico-hospitalar emergencial fica obrigado a afixar, em local visível, cartaz ou equivalente, com a seguinte informação: “Constitui crime a exigência de cheque-caução, de nota promissória ou de qualquer garantia, bem como do preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial, nos termos do art. 135-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.”

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de maio de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Alexandre Rocha Santos Padilha

Eva Maria Cella Dal Chiavon

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.5.2012

DECRETO Nº 7.612, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2011.

Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Fica instituído o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite, com a finalidade de promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, com *status* de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Parágrafo único. O Plano Viver sem Limite será executado pela União em colaboração com Estados, Distrito Federal, Municípios, e com a sociedade.

Art. 2º São consideradas pessoas com deficiência aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Art. 3º São diretrizes do Plano Viver sem Limite:

I - garantia de um sistema educacional inclusivo;

II - garantia de que os equipamentos públicos de educação sejam acessíveis para as pessoas com deficiência, inclusive por meio de transporte adequado;

III - ampliação da participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, mediante sua capacitação e qualificação profissional;

IV - ampliação do acesso das pessoas com deficiência às políticas de assistência social e de combate à extrema pobreza;

V - prevenção das causas de deficiência;

VI - ampliação e qualificação da rede de atenção à saúde da pessoa com deficiência, em especial os serviços de habilitação e reabilitação;

VII - ampliação do acesso das pessoas com deficiência à habitação adaptável e com recursos de acessibilidade; e

VIII - promoção do acesso, do desenvolvimento e da inovação em tecnologia assistiva.

Art. 4º São eixos de atuação do Plano Viver sem Limite:

I - acesso à educação;

II - atenção à saúde;

III - inclusão social; e

IV - acessibilidade.

Parágrafo único. As políticas, programas e ações integrantes do Plano Viver sem Limite e suas respectivas metas serão definidos pelo Comitê Gestor de que trata o art. 5º.

Art. 5º Ficam instituídas as seguintes instâncias de gestão do Plano Viver sem Limite:

I - Comitê Gestor; e

II - Grupo Interministerial de Articulação e Monitoramento.

§ 1º O apoio administrativo necessário ao funcionamento das instâncias de gestão será prestado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

§ 2º Poderão ser constituídos, no âmbito da gestão do Plano Viver sem Limite, grupos de trabalho temáticos destinados ao estudo e à elaboração de propostas sobre temas específicos.

§ 3º A participação nas instâncias de gestão ou nos grupos de trabalho será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 6º Compete ao Comitê Gestor do Plano Viver sem Limite definir as políticas, programas e ações, fixar metas e orientar a formulação, a implementação, o monitoramento e a avaliação do Plano.

Parágrafo único. O Comitê Gestor será composto pelos titulares dos seguintes órgãos:

I - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que o coordenará;

II - Casa Civil da Presidência da República;

III - Secretaria-Geral da Presidência da República;

IV - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

V - Ministério da Fazenda; e

VI - Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Art. 7º Compete ao Grupo Interministerial de Articulação e Monitoramento do Plano Viver sem Limite promover a articulação dos órgãos e entidades envolvidos na implementação do Plano, com vistas a assegurar a execução, monitoramento e avaliação das suas políticas, programas e ações.

§ 1º O Grupo Interministerial de Articulação e Monitoramento será composto por representantes, titular e suplente, dos seguintes órgãos:

I - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que o coordenará;

- II - Casa Civil da Presidência da República;
- III - Secretaria-Geral da Presidência da República;
- IV - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- V - Ministério da Fazenda;
- VI - Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome;
- VII - Ministério da Saúde;
- VIII - Ministério da Educação;
- IX - Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação;
- X - Ministério da Previdência Social;
- XI - Ministério das Cidades;
- XII - Ministério do Esporte;
- XIII - Ministério do Trabalho e Emprego;
- XIV - Ministério das Comunicações; e
- XV - Ministério da Cultura.

§ 2º Os membros do Grupo Interministerial de Articulação e Monitoramento serão indicados pelos titulares dos respectivos órgãos e designados em ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

§ 3º Poderão ser convidados para as reuniões do Grupo Interministerial de Articulação e Monitoramento representantes de entidades e órgãos públicos e privados, dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, bem como especialistas, para emitir pareceres e fornecer informações.

§ 4º O Grupo Interministerial de Articulação e Monitoramento apresentará periodicamente informações sobre a implementação do Plano ao Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

Art. 8º Os órgãos envolvidos na implementação do Plano deverão assegurar a disponibilização, em sistema específico, de informações sobre as políticas, programas e ações a serem implementados, suas respectivas dotações orçamentárias e os resultados da execução no âmbito de suas áreas de atuação.

Art. 9º A vinculação do Município, Estado ou Distrito Federal ao Plano Viver sem Limite ocorrerá por meio de termo de adesão voluntária, com objeto conforme às diretrizes estabelecidas neste Decreto.

§ 1º A adesão voluntária do ente federado ao Plano Viver sem Limite implica a responsabilidade de priorizar medidas visando à promoção do exercício pleno dos direitos das pessoas com deficiência, a partir dos eixos de atuação previstos neste Decreto.

§ 2º Poderão ser instituídas instâncias locais de acompanhamento da execução do Plano nos âmbitos estadual e municipal.

Art. 10. Para a execução do Plano Viver sem Limite poderão ser firmados convênios, acordos de cooperação, ajustes ou instrumentos congêneres, com órgãos e entidades da administração pública federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com consórcios públicos ou com entidades privadas.

Art. 11. O Plano Viver sem Limite será custeado por:

I - dotações orçamentárias da União consignadas anualmente nos orçamentos dos órgãos e entidades envolvidos na implementação do Plano, observados os limites de movimentação, de empenho e de pagamento fixados anualmente;

II - recursos oriundos dos órgãos participantes do Plano Viver sem Limite que não estejam consignados nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União; e

III - outras fontes de recursos destinadas por Estados, Distrito Federal, Municípios, ou outras entidades públicas e privadas.

Art. 12. Fica instituído o Comitê Interministerial de Tecnologia Assistiva, com a finalidade de formular, articular e implementar políticas, programas e ações para o fomento ao acesso, desenvolvimento e inovação em tecnologia assistiva.

§ 1º O Comitê Interministerial de Tecnologia Assistiva será composto por representantes, titular e suplente, dos seguintes órgãos:

I - Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, que o coordenará;

II - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República;

III - Ministério da Fazenda;

IV - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

V - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

VI - Ministério da Educação; e

VII - Ministério da Saúde.

§ 2º Ato do Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovação estabelecerá regras complementares necessárias ao funcionamento do Comitê Interministerial de Tecnologia Assistiva.

§ 3º Poderão ser convidados para as reuniões do Comitê Interministerial de Tecnologia Assistiva representantes de outros órgãos e entidades da administração pública federal.

Art. 13. Os termos de adesão ao Compromisso pela Inclusão das Pessoas com Deficiência firmados sob a vigência do Decreto nº 6.215, de 26 de setembro de 2007, permanecerão válidos e poderão ser aditados para adequação às diretrizes e eixos de atuação do Plano Viver sem Limite.

Art. 14. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 15. Fica revogado o Decreto nº 6.215, de 26 de setembro de 2007.

Brasília, 17 de novembro de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF

Fernando Haddad

Alexandre Rocha Santos Padilha

Tereza Campello

Aloizio Mercadante

Gleisi Hoffmann

Maria do Rosário Nunes

Este texto não substitui o publicado no DOU de 18.11.2011

RESOLUÇÃO Nº 1, DE 17 DE JANEIRO DE 2012

Estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A COMISSÃO INTERGESTORES TRIPARTITE, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 14-A da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e o art. 26 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, e

Considerando que a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, insere-se no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos da alínea “d” do inciso I do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;

Considerando a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que alterou a Lei nº 8.080, de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS;

Considerando a garantia do usuário de acesso universal e igualitário à assistência terapêutica integral, nos termos do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011; e

Considerando a deliberação ocorrida na Comissão Intergestores Tripartite (CIT) ocorrida em 29 de setembro de 2011, resolve:

Art. 1º Esta Resolução estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 2º A RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

Parágrafo único. Para os fins do disposto nesta Resolução, medicamentos essenciais são aqueles definidos pelo SUS para garantir o acesso do usuário ao tratamento medicamentoso.

Art. 3º A RENAME atenderá os seguintes princípios:

I - universalidade: garantia aos usuários do acesso ordenado aos medicamentos de forma universal e igualitária para o atendimento da integralidade da assistência à saúde com base nas necessidades de saúde da população;

II - efetividade: garantia de medicamentos eficazes e/ou efetivos e seguros, cuja relação risco-benefício seja favorável e comprovada a partir das melhores evidências científicas disponíveis na literatura, e com registro aprovado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

III - eficiência: garantia de medicamentos que proporcionem a melhor resposta terapêutica aos usuários com os menores custos para o SUS;

IV - comunicação: garantia de comunicação efetiva entre os gestores de saúde sobre o processo de incorporação de medicamentos na RENAME e divulgação ampla, objetiva e transparente dos medicamentos ofertados à população pelo SUS;

V - racionalidade no uso dos medicamentos: as condições de uso dos medicamentos devem seguir as orientações dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) e/ou das diretrizes específicas publicadas pelo Ministério da Saúde e do Formulário Terapêutico Nacional (FTN) como estratégia para a promoção do uso racional dos medicamentos nos serviços de saúde e na comunidade; e

VI - serviços farmacêuticos qualificados: garantir a oferta de medicamentos com qualidade e de forma humanizada aos usuários do SUS.

Art. 4º A RENAME é composta por:

I - Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica;

II - Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica;

III - Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica;

IV - Relação Nacional de Insumos Farmacêuticos; e

V - Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar.

§ 1º Os medicamentos de uso hospitalar são os que integram os procedimentos financiados pelas Autorizações de Internações Hospitalares (AIH) e pelas Autorizações de Procedimentos Ambulatoriais Específicos (APAC) e os descritos nominalmente em códigos específicos na Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses, Próteses e Materiais do SUS cujo financiamento ocorre por meio de procedimento hospitalar.

§ 2º Para os fins da RENAME, serão considerados apenas os medicamentos descritos nominalmente em códigos específicos na Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses, Próteses e Materiais do SUS, cujo financiamento ocorre por meio de procedimento hospitalar, como integrantes da Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar.

§ 3º Para os fins do disposto no § 2º, os demais medicamentos que deverão integrar a Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar serão posteriormente definidos pelo Ministério da Saúde.

Art. 5º As condições de uso dos medicamentos constantes na RENAME devem seguir as orientações do FTN, dos PCDT e/ou das diretrizes específicas publicadas pelo Ministério da Saúde.

Art. 6º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem definir medicamentos de forma suplementar à RENAME, para atendimento de situações epidemiológicas específicas, respeitadas as responsabilidades dos entes federativos, conforme análise e recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC).

Art. 7º A seleção dos medicamentos que serão ofertados pelos estados, Distrito Federal e municípios a partir da RENAME considerará o perfil epidemiológico, a organização dos serviços e a complexidade do atendimento oferecido.

Parágrafo único. Outros critérios poderão ser definidos pelos entes federativos, observando-se aqueles previstos no caput, devendo os mesmos serem pactuados na CIB e no Conselho Distrital de Saúde.

Art. 8º A RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Art. 9º Ao Ministério da Saúde compete incluir, excluir ou alterar medicamentos

e insumos farmacêuticos na RENAME, de forma contínua e oportuna, nos termos do art. 19-Q da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Parágrafo único. O Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME a cada 2 (dois) anos.

Art. 10. Os medicamentos e insumos farmacêuticos constantes da RENAME serão financiados pelos 3 (três) entes federativos, de acordo com as pactuações nas respectivas Comissões Intergestores e as normas vigentes para o financiamento do SUS.

Art. 11. Ao Distrito Federal competem os direitos e obrigações reservadas aos estados e aos municípios.

Art. 12. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA
Ministro de Estado da Saúde

BEATRIZ DOBASHI
Presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde

ANTÔNIO CARLOS FIGUEIREDO NARDI
Presidente do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da União

RESOLUÇÃO Nº 2, DE 17 DE JANEIRO DE 2012

Dispõe sobre as diretrizes nacionais para a elaboração da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A COMISSÃO INTERGESTORES TRIPARTITE, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 14-A da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e os arts. 21 e 30 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, e considerando a deliberação ocorrida em 11 de outubro de 2011, resolve:

Art.1º Esta Resolução dispõe sobre as diretrizes nacionais para a elaboração da Relação Nacional de Ações Serviços Saúde (RENASES) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 2º A RENAMES é o conjunto de ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde oferecidos pelo SUS à população para atender à integralidade da assistência à saúde.

Art. 3º A RENAMES atenderá os seguintes princípios:

I - universalidade do acesso às ações e serviços de saúde constantes da RENAMES, em todos os níveis de assistência, de forma universal, igualitária e ordenada, com base nas necessidades de saúde da população;

II - segurança, compreendida como a oferta das ações e serviços de forma segura para proteção da saúde e da vida humana;

III - qualidade, compreendida como a garantia qualitativa das ações e serviços previstos na RENAMES; e

IV - comunicação, compreendida como a divulgação ampla, objetiva e transparente das ações e serviços que serão ofertados à população de acordo com a RENASES.

Art. 4º A RENASES tem por finalidade tornar públicas as ações e serviços de saúde que o SUS oferece à população, com o fim de cumprir o disposto no inciso II do art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Art. 5º Em conformidade com o art. 43 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, a primeira RENASES é a somatória de todas as ações e serviços de saúde que na data da publicação do citado Decreto eram ofertados pelo SUS à população, por meio dos entes federados, de forma direta ou indireta.

§ 1º As atualizações da RENASES ocorrerão por inclusão, exclusão e alteração de ações e serviços de saúde, de forma contínua e oportuna.

§ 2º As inclusões, exclusões e alterações de ações e serviços de saúde da RENASES serão feitas de acordo com regulamento específico, que deverá prever as rotinas de solicitação, análise, decisão e publicização.

§ 3º Caberá ao Ministério da Saúde conduzir o processo de atualizações de ações e serviços da RENASES, em conformidade com o art. 19-Q da Lei nº 8.080, de 1990, e sua respectiva regulamentação.

§ 4º O Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENASES a cada 2 (dois) anos.

Art. 6º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar relações complementares de ações e serviços de saúde, sempre em consonância com o previsto na RENASES, respeitadas as responsabilidades de cada ente federado pelo seu financiamento e de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

§ 1º Compreende-se por complementar a inclusão de ações e serviços que não constam da RENASES por parte de Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º O padrão a ser observado para a elaboração de relações de ações e serviços complementares será sempre a RENASES, devendo-se observar os mesmos princípios, critérios e requisitos na sua elaboração.

Art. 7º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão submeter à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) seus pe-

didados de incorporação e alteração de tecnologias em saúde para complementar a RENASES no âmbito estadual, distrital ou municipal, cabendo-lhes encaminhar conjuntamente o correspondente protocolo clínico ou de diretrizes terapêuticas e demais documentos que venham a ser exigidos pela Comissão.

Art. 8º A RENASES é composta por:

- I - ações e serviços da atenção primária;
- II - ações e serviços da urgência e emergência;
- III - ações e serviços da atenção psicossocial;
- IV - ações e serviços da atenção ambulatorial especializada e hospitalar; e
- V - ações e serviços da vigilância em saúde.

Art. 9º As ações e serviços de saúde constantes da RENASES serão oferecidos de acordo com os regramentos do SUS no tocante ao acesso e a critérios de referenciamento na rede de atenção à saúde, e se fundamentam em normas, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS.

Art. 10. Os serviços e ações previstos na RENASES devem ser prestados e realizados com qualidade, eficácia, resolutividade e humanização.

Art. 11. A RENASES deve contar com um sistema de informação integrado aos demais sistemas de informação do SUS e a outros de interesse do sistema de saúde, com a finalidade de permitir sua permanente avaliação, especialmente no que diz respeito ao seu custo-efetividade.

Art. 12. A RENASES deverá adotar, progressivamente, terminologia única para denominar as ações e serviços de saúde que são oferecidos pelos entes federativos.

Art. 13. A RENASES será estruturada de forma que expresse a organização dos serviços e ações de saúde e o atendimento da integralidade da atenção à saúde.

Art. 14. O acesso às ações e serviços de saúde dispostos na RENASES se efetivará nas Redes de Atenção à Saúde, organizadas conforme diretrizes da Portaria nº 4.279/GM/MS, de 30 de dezembro de 2010.

Parágrafo único. O acesso às ações e aos serviços de saúde observará as portas de entrada do SUS, conforme definido no artigo 9º do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.

Art. 15. O acesso às ações e serviços de saúde deverá respeitar os fluxos regulatórios, a avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e o critério cronológico, observadas as especificidades previstas para pessoas com proteção especial.

Art. 16. O acesso às ações e serviços de saúde deverá considerar as regras de referenciamento na Rede de Atenção à Saúde na Região de Saúde e entre Regiões de Saúde, de acordo com os contratos celebrados entre os entes federativos, com a definição de responsabilidades pela prestação dos serviços e pelo seu financiamento.

Art. 17. O acesso às ações e serviços de saúde que não forem oferecidos no âmbito de algum Município ou Região de Saúde será garantido mediante os sistemas logísticos da Rede de Atenção à Saúde, como as centrais de regulação e o transporte em saúde, de acordo com as disponibilidades financeiras e observadas as pactuações intergestores.

Art. 18. O financiamento das ações e serviços de saúde deverá, progressivamente:

- I - superar a lógica de financiamento centrada no procedimento em saúde; e
- II - considerar as diferenças regionais na composição dos custos das ações e serviços de saúde.

Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pactuarão nas respectivas Comissões Intergestores as suas responsabilidades em relação ao financiamento das ações e serviços constantes da RENASES e suas complementações.

Art. 20. O monitoramento e a avaliação do conteúdo da RENASES e suas complementações estaduais, distrital e municipais serão realizados pelos entes federados nas Comissões Intergestores, com base nas informações contidas nos sistemas de informação.

Art. 21. Ao Distrito Federal competem os direitos e obrigações reservadas aos Estados e aos Municípios.

Art. 22. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA

Ministro de Estado da Saúde

BEATRIZ DOBASHI

Presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde

ANTÔNIO CARLOS FIGUEIREDO NARDI

Presidente do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da União

PORTARIA Nº 841, DE 2 DE MAIO DE 2012

Publica a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e dá outras providências.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e

Considerando o disposto no art. 197 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle;

Considerando o disposto no art. 200 da Constituição Federal de 1988 e no art. 6º da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelecem as competências do Sistema Único de Saúde (SUS);

Considerando a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes;

Considerando a Seção I do Capítulo IV do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que dispõe sobre a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) no âmbito da Assistência à Saúde;

Considerando o art. 42 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que estabelece que a primeira RENASES seja a somatória de todas as ações e serviços de saúde que, na data da publicação do referido Decreto, eram ofertados pelo SUS à população, por meio dos entes federados, de forma direta ou indireta;

Considerando a competência do Ministério da Saúde para dispor sobre a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), observadas as diretrizes pactuadas pela Comissão Intergestores Tripartite (CIT), nos termos do art. 22 do Decreto nº 7.508, de 2011;

Considerando a Resolução CIT nº 2, de 17 de janeiro de 2012, que aprovou as Diretrizes Nacionais da RENASES no âmbito do SUS; e

Considerando a pactuação ocorrida na reunião da CIT de 22 de março de 2012, resolve:

Art. 1º Fica publicada a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), que compreende todas as ações e serviços que o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece ao usuário, para atendimento da integralidade da assistência à saúde, em atendimento ao disposto no art. 22 do Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011 e no art. 7º, inciso II da Lei nº 8.080/90, disponível no sítio do Ministério da Saúde: <http://www.saude.gov.br>, após a publicação desta Portaria.

§ 1º Esta versão contém as ações e serviços ofertados pelo (SUS) na data de publicação do Decreto nº 7508, de 28 de junho de 2011, com acréscimo dos novos serviços e ações instituídos até a data de edição desta Portaria.

§ 2º As ações e serviços descritos na (RENASES) contemplam, de forma agregada, toda a Tabela de Procedimentos, Órteses, Próteses e Medicamentos do (SUS).

Art. 2º O financiamento das ações e serviços da (RENASES) será tripartite, conforme pactuação, e a oferta das ações e serviços pelos entes federados deverá considerar as especificidades regionais, os padrões de acessibilidade, o referenciamento de usuários entre municípios e regiões, e a escala econômica adequada.

Art. 3º A RENASES está organizada nos seguintes componentes:

I - ações e serviços da atenção básica (primária);

II - ações e serviços da urgência e emergência;

III - ações e serviços da atenção psicossocial;

IV - ações e serviços da atenção ambulatorial especializada e hospitalar;

V - ações e serviços da vigilância em saúde.

Parágrafo único. A RENASES está estruturada de forma que sejam expressos a organização dos serviços e o atendimento da integralidade do cuidado.

Art. 4º As atualizações da (RENASES) ocorrerão por inclusão, exclusão e alteração de ações e serviços, de forma contínua e oportuna.

§ 1º As inclusões, exclusões e alterações de ações e serviços da RENASES serão realizadas de acordo com regulamento específico da subcomissão da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), que deverá prever as rotinas de solicitação, análise, decisão e publicização, conforme o Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, que dispõe sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 2º Caberá ao Ministério da Saúde conduzir o processo de atualizações de ações e serviços da RENASES, conforme estabelecido pelos art. 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

§ 3º A cada 2 (dois) anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da (RENASES).

Art. 5º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar relações complementares de ações e serviços de saúde, sempre em consonância com o previsto na (RENASES), respeitadas as responsabilidades de cada ente federado pelo seu financiamento e de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

§ 1º Compreende-se por complementar a inclusão de ações e serviços que não constam da RENASES.

§ 2º O padrão a ser observado para a elaboração de relações de ações e serviços complementares será sempre a (RENASES), devendo observar os mesmos princípios, critérios e requisitos na sua elaboração.

§ 3º Os Estados e Municípios deverão submeter à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde (CONITEC) os pedidos de incorporação e alteração de tecnologias em saúde, para complementar a (RENASES) no âmbito estadual ou municipal.

Art. 6º As ações e serviços de saúde constantes da RENASES serão oferecidos de acordo com os regramentos do SUS no tocante ao acesso, baseados

em critérios de referenciamento na Rede de Atenção à Saúde, e se fundamentam em normas, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS.

Art. 7º Os regramentos do SUS no tocante ao acesso e aos critérios de referenciamento na Rede de Atenção à Saúde, correspondentes a cada ação ou serviço de saúde, são expressos na (RENASES) de acordo com as seguintes codificações:

I - ação ou serviço com acesso mediante procura direta pelos usuários: ação ou serviço com acesso livre para o usuário, sem exigência de qualquer tipo de encaminhamento ou mecanismo de regulação de acesso; considerados portas de entrada do SUS, conforme definido no artigo 9º do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.

II - ação ou serviço com acesso mediante encaminhamento de serviço próprio do SUS: ação ou serviço que exige encaminhamento realizado por um serviço próprio do SUS (público municipal, estadual ou federal).

III - ação ou serviço com acesso garantido mediante autorização prévia de dispositivo de regulação: ação ou serviço provido mediante autorização prévia de dispositivo de regulação de acesso (central de regulação, complexo regulador ou outro dispositivo incumbido de regulação de acesso, coordenação de cuidado ou controle de fluxo de pacientes entre serviços de saúde);

IV - ação ou serviço com exigência de habilitação: ação ou serviço com exigência de autorização pelo gestor municipal, estadual ou federal para que um estabelecimento de saúde já credenciado ao SUS passe a realizar procedimentos constantes da Tabela de Procedimentos, Órteses, Próteses e Medicamentos do SUS, conforme estabelecido pela Portaria nº 414/SAS/MS, de 11 de agosto de 2005;

V - ação ou serviço com indicação e autorização prevista em protocolo clínico ou diretriz terapêutica nacional: ações ou serviços que contam com protocolos clínicos ou diretrizes terapêuticas nacionais específicos, conforme o inciso II do art. 19-N e art. 19-O da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990; e

VI - ação ou serviço voltado para a saúde coletiva, com intervenções individuais, em grupo e na regulação e controle de produtos e serviços, no campo da vigilância: ação ou serviço voltado para a saúde coletiva, mesmo que suas intervenções sejam feitas sobre indivíduos, grupos ou na regulação e controle de produtos e serviços, no campo da vigilância.

Art. 8º O acesso às ações e serviços de saúde será ordenado pela atenção básica (primária) e deve ser fundado:

I - na avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e no critério cronológico, observadas as especificidades previstas para pessoas com proteção especial, conforme legislação vigente;

II - nas regras de referenciamento pactuadas intrarregionalmente e inter-regionalmente, de acordo com o Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde (COAP).

Art. 9º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA
Ministro de Estado da Saúde

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da União

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.974/2011

Estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e,

CONSIDERANDO que cabe ao Conselho Federal de Medicina trabalhar por todos os meios ao seu alcance e zelar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente;

CONSIDERANDO a necessidade de uniformizar e atualizar os procedimentos para a divulgação de assuntos médicos em todo o território nacional;

CONSIDERANDO a necessidade de solucionar os problemas que envolvem a divulgação de assuntos médicos, com vistas ao esclarecimento da opinião pública;

CONSIDERANDO que os anúncios médicos deverão obedecer à legislação vigente;

CONSIDERANDO o Decreto-lei nº 20.931/32, o Decreto-lei nº 4.113/42, o disposto no Código de Ética Médica e, notadamente, o art. 20 da Lei nº 3.268/57, que determina: *“Todo aquele que mediante anúncios, placas, cartões ou outros meios quaisquer se propuser ao exercício da medicina, em qualquer dos ramos ou especialidades, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado”*.

CONSIDERANDO que a publicidade médica deve obedecer exclusivamente a princípios éticos de orientação educativa, não sendo comparável à publicidade de produtos e práticas meramente comerciais (Capítulo XIII,

artigos 111 a 118 do Código de Ética Médica);

CONSIDERANDO que o atendimento a esses princípios é inquestionável pré-requisito para o estabelecimento de regras éticas de concorrência entre médicos, serviços, clínicas, hospitais e demais empresas registradas nos Conselhos Regionais de Medicina;

CONSIDERANDO ainda que os entes sindicais e associativos médicos estão sujeitos a este mesmo regramento quando da veiculação de publicidade ou propaganda;

CONSIDERANDO as diversas resoluções sobre o tema editadas por todos os Conselhos Regionais de Medicina;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária de 14 de julho de 2011,

RESOLVE:

Art. 1º Entender-se-á por anúncio, publicidade ou propaganda a comunicação ao público, por qualquer meio de divulgação, de atividade profissional de iniciativa, participação e/ou anuência do médico.

Art. 2º Os anúncios médicos deverão conter, obrigatoriamente, os seguintes dados:

- a) Nome do profissional;
- b) Especialidade e/ou área de atuação, quando registrada no Conselho Regional de Medicina;
- c) Número da inscrição no Conselho Regional de Medicina;
- d) Número de registro de qualificação de especialista (RQE), se o for.

Parágrafo único. As demais indicações dos anúncios deverão se limitar ao preceituado na legislação em vigor.

Art. 3º É vedado ao médico:

- a) Anunciar, quando não especialista, que trata de sistemas orgânicos, órgãos ou doenças específicas, por induzir a confusão com divulgação de especialidade;
- b) Anunciar aparelhagem de forma a lhe atribuir capacidade privilegiada;
- c) Participar de anúncios de empresas ou produtos ligados à Medicina, dispositivo este que alcança, inclusive, as entidades sindicais ou associativas médicas;
- d) Permitir que seu nome seja incluído em propaganda enganosa de qualquer natureza;
- e) Permitir que seu nome circule em qualquer mídia, inclusive na internet, em matérias desprovidas de rigor científico;
- f) Fazer propaganda de método ou técnica não aceito pela comunidade científica;
- g) Expor a figura de seu paciente como forma de divulgar técnica, método ou resultado de tratamento, ainda que com autorização expressa do mesmo, ressalvado o disposto no art. 10 desta resolução;

- h) Anunciar a utilização de técnicas exclusivas;
 - i) Oferecer seus serviços por meio de consórcio e similares;
 - j) Oferecer consultoria a pacientes e familiares como substituição da consulta médica presencial;
 - k) Garantir, prometer ou insinuar bons resultados do tratamento.
- l) Fica expressamente vetado o anúncio de pós-graduação realizada para a capacitação pedagógica em especialidades médicas e suas áreas de atuação, mesmo que em instituições oficiais ou por estas credenciadas, exceto quando estiver relacionado à especialidade e área de atuação registrada no Conselho de Medicina.

Art. 4º Sempre que em dúvida, o médico deverá consultar a Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (Codame) dos Conselhos Regionais de Medicina, visando enquadrar o anúncio aos dispositivos legais e éticos.

Parágrafo único. Pode também anunciar os cursos e atualizações realizados, desde que relacionados à sua especialidade ou área de atuação devidamente registrada no Conselho Regional de Medicina.

Art. 5º Nos anúncios de clínicas, hospitais, casas de saúde, entidades de prestação de assistência médica e outras instituições de saúde deverão constar, sempre, o nome do diretor técnico médico e sua correspondente inscrição no Conselho Regional em cuja jurisdição se localize o estabelecimento de saúde.

§ 1º Pelos anúncios dos estabelecimentos de hospitalização e assistência médica, planos de saúde, seguradoras e afins respondem, perante o Conselho Regional de Medicina, os seus diretores técnicos médicos.

§ 2º Os diretores técnicos médicos, os chefes de clínica e os médicos em geral estão obrigados a adotar, para cumprir o mandamento do *caput*, as regras contidas no Manual da Codame, anexo.

Art. 6º Nas placas internas ou externas, as indicações deverão se limitar ao previsto no art. 2º e seu parágrafo único.

Art. 7º Caso o médico não concorde com o teor das declarações a si atribuídas em matéria jornalística, as quais firmam os ditames desta resolução, deve encaminhar ofício retificador ao órgão de imprensa que a divulgou e ao Conselho Regional de Medicina, sem prejuízo de futuras apurações de responsabilidade.

Art. 8º O médico pode, utilizando qualquer meio de divulgação leiga, prestar informações, dar entrevistas e publicar artigos versando sobre assuntos médicos de fins estritamente educativos.

Art. 9º Por ocasião das entrevistas, comunicações, publicações de artigos e informações ao público, o médico deve evitar sua autopromoção e sensacionalismo, preservando, sempre, o decoro da profissão.

§ 1º Entende-se por autopromoção a utilização de entrevistas, informações ao público e publicações de artigos com forma ou intenção de:

- a) Angariar clientela;
- b) Fazer concorrência desleal;

- c) Pleitear exclusividade de métodos diagnósticos e terapêuticos;
- d) Auferir lucros de qualquer espécie;
- e) Permitir a divulgação de endereço e telefone de consultório, clínica ou serviço.

§ 2º Entende-se por sensacionalismo:

- a) A divulgação publicitária, mesmo de procedimentos consagrados, feita de maneira exagerada e fugindo de conceitos técnicos, para individualizar e priorizar sua atuação ou a instituição onde atua ou tem interesse pessoal;
- b) Utilização da mídia, pelo médico, para divulgar métodos e meios que não tenham reconhecimento científico;
- c) A adulteração de dados estatísticos visando beneficiar-se individualmente ou à instituição que representa, integra ou o financia;
- d) A apresentação, em público, de técnicas e métodos científicos que devem limitar-se ao ambiente médico;
- e) A veiculação pública de informações que possam causar intranquilidade, pânico ou medo à sociedade;
- f) Usar de forma abusiva, enganosa ou sedutora representações visuais e informações que possam induzir a promessas de resultados.

Art. 10 Nos trabalhos e eventos científicos em que a exposição de figura de paciente for imprescindível, o médico deverá obter prévia autorização expressa do mesmo ou de seu representante legal.

Art. 11 Quando da emissão de documentos médicos, os mesmos devem ser elaborados de modo sóbrio, impessoal e verídico, preservando o segredo médico.

§ 1º Os documentos médicos poderão ser divulgados por intermédio do Conselho Regional de Medicina, quando o médico assim achar conveniente.

§ 2º Os documentos médicos, nos casos de pacientes internados em estabelecimentos de saúde, deverão, sempre, ser assinados pelo médico assistente e subscritos pelo diretor técnico médico da instituição ou, em sua falta, por seu substituto.

Art. 12 O médico não deve permitir que seu nome seja incluído em concursos ou similares, cuja finalidade seja escolher o “médico do ano”, “destaque”, “melhor médico” ou outras denominações que visam ao objetivo promocional ou de propaganda, individual ou coletivo.

Art. 13 Os sites para assuntos médicos deverão obedecer à lei, às resoluções normativas e ao Manual da Codame.

Art. 14 Os Conselhos Regionais de Medicina manterão, conforme os seus Regimentos Internos, uma Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (Codame) composta, minimamente, por três membros.

Art. 15 A Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos terá como finalidade:

- a) Responder a consultas ao Conselho Regional de Medicina a respeito de publicidade de assuntos médicos;
- b) Convocar os médicos e pessoas jurídicas para esclarecimentos quando tomar conhecimento de descumprimento das normas éticas regulamentadoras,

anexas, sobre a matéria, devendo orientar a imediata suspensão do anúncio;

c) Propor instauração de sindicância nos casos de inequívoco potencial de infração ao Código de Ética Médica;

d) Rastrear anúncios divulgados em qualquer mídia, inclusive na internet, adotando as medidas cabíveis sempre que houver desobediência a esta resolução;

e) Providenciar para que a matéria relativa a assunto médico, divulgado pela imprensa leiga, não ultrapasse, em sua tramitação na comissão, o prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 16 A presente resolução e o Manual da Codame entrarão em vigor no prazo de 180 dias, a partir de sua publicação, quando será revogada a Resolução CFM nº 1.701/03, publicada no DOU nº 187, seção I, páginas 171-172, em 26 de setembro de 2003 e demais disposições em contrário.

Brasília-DF, 14 de julho de 2011

ROBERTO LUIZ D'AVILA

Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-geral

ANEXO I – RESOLUÇÃO CFM Nº 1.974/11

CRITÉRIOS GERAIS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA DE PROFISSIONAL INDIVIDUAL

A propaganda ou publicidade médica deve cumprir os seguintes requisitos gerais, sem prejuízo do que, particularmente, se estabeleça para determinadas situações, sendo exigido constar as seguintes informações em todas as peças publicitárias e papelaria produzidas pelo estabelecimento:

I - nome completo do médico;

II- registro do médico junto ao Conselho Regional de Medicina (CRM), contemplando a numeração e o estado relativo;

III- nome da(s) especialidade(s) para a(s) qual(is) o médico se encontra formalmente habilitado (no máximo duas), se considerado pertinente;

IV- o número de registro de qualificação de especialista (RQE), se o for.

DE EMPRESA/ESTABELECIMENTO DE SERVIÇOS MÉDICOS PARTICULARES

A propaganda ou publicidade médica deve cumprir os seguintes requisitos gerais, sem prejuízo do que, particularmente, se estabeleça para determinadas situações, sendo exigido constar as seguintes informações em todas as peças

publicitárias e papelaria produzidas pelo estabelecimento:

- I - nome completo do médico no cargo de diretor técnico médico;
- II - registro do profissional junto ao Conselho Regional de Medicina (CRM), contemplando a numeração e o estado relativo;
- III - nome do cargo para o qual o médico está oficialmente investido;
- IV - o número de registro de qualificação de especialista (RQE), se o for.

DE SERVIÇOS MÉDICOS OFERECIDOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A propaganda ou publicidade médica deve cumprir os seguintes requisitos gerais, sem prejuízo do que, particularmente, se estabeleça para determinadas situações, sendo exigido constar as seguintes informações em todas as peças publicitárias e papelaria produzidas pelo estabelecimento:

- I - nome completo do médico no cargo de diretor técnico médico da unidade mencionada;
- II - registro do médico junto ao Conselho Regional de Medicina (CRM), contemplando a numeração e o estado relativo;
- III - nome do cargo para o qual o médico está oficialmente investido;
- IV - o número de registro de qualificação de especialista (RQE), se o for.

As especificações técnicas para a inserção dos dados supracitados nas peças publicitárias em todas as mídias e na papelaria produzida (individual ou institucional, no caso de serviços públicos ou privados de saúde) estarão detalhadas a seguir.

CRITÉRIOS ESPECÍFICOS PARA ANÚNCIOS PUBLICITÁRIOS E DE PROPAGANDA

Nos anúncios veiculados pela mídia impressa (jornais, revistas, boletins etc.), em peças publicitárias (cartazes, *folders*, postais, folhetos, panfletos, *outdoors*, *busdoors*, *frontlights*, *backlights*, totens, *banners* etc.), e em peças de mobiliário urbano (letreiros, placas, instalações etc.) devem ser inseridos os dados de identificação do médico (se consultório particular) ou do diretor técnico médico (se estabelecimento/serviço de saúde) de forma a causar o mesmo impacto visual que as demais informações presentes na peça publicitária. Contudo, devem ser observados os seguintes critérios:

- I - os dados de identificação do médico (se consultório particular) ou do diretor-técnico médico (se estabelecimento/serviço de saúde) devem estar em local de destaque (ao lado da logomarca e das informações de identificação do estabelecimento/serviço de saúde), permitindo com facilidade sua leitura por observarem a perfeita legibilidade e visibilidade;
- II - os dados devem ser apresentados em sentido de leitura da esquerda para a direita, sobre fundo neutro, sendo que a tipologia utilizada deverá apresentar dimensão equivalente a, no mínimo, 35% do tamanho do maior corpo empregado no referido anúncio ou peça;
- III - nas peças, os dados do médico devem ser inseridos em retângulo

de fundo branco, emoldurado por filete interno, em letras de cor preta ou que permita contraste adequado à leitura;

IV - é possível o uso de variações cromáticas na inserção dos dados, desde que mantidos os cuidados para a correta identificação dos mesmos, sem prejuízos de leitura ou visibilidade;

V - a versão monocromática só pode ser usada nos casos em que não haja opção para uso de mais de uma cor, optando-se pelo preto ou branco ou outra cor padrão predominante;

VI - as proporções dos dados inseridos devem ser observadas com critério para assegurar sua leitura e identificação, que são imprescindíveis ao trato ético em atividades relacionadas à publicidade, propaganda e divulgação médicas;

VII - para que outros elementos não se confundam com os dados de identificação do médico, os mesmos devem ser mantidos numa área, dentro da peça, que permita sua correta leitura e percepção. Deve-se observar o campo de proteção e reserva, conforme exemplificado ao lado;

VIII - utilizando como referência o espaço mantido entre a primeira e a segunda linha nas quais os dados foram inseridos ou entre a primeira e a segunda letra da primeira palavra, nenhum elemento gráfico ou de texto deve invadir essa área; e os dados devem ser mantidos no interior de uma área de respiro;

IX - para preservar a legibilidade dos dados do médico nos mais diversos meios de reprodução, deve-se observar a correta percepção dos mesmos com relação ao contraste de fundo sobre o qual estão aplicados. Sobre cores claras e/ou neutras, a versão preferencial mostra-se, em positivo, eficiente. Sobre cores escuras e/ou vívidas, optar pela versão em negativo dos dados. Sobre fundos ruidosos e imagens, usar a versão com módulo de proteção;

X - para aplicação dos dados sobre fundos em tons de cinza e preto, deve-se observar a escala ao lado. Até 30% de *benday* pode-se optar pela versão preferencial. A partir de 40%, pela versão em negativo do logotipo;

XI - a fim de preservar a boa leitura e visibilidade dos dados essenciais do médico, devem ser criteriosamente observadas sua integridade e consistência visual, evitando-se alterações ou interferências que gerem confusão ou visualização e/ou compreensão inadequadas;

CRITÉRIOS ESPECÍFICOS PARA MATERIAL IMPRESSO DE CARÁTER INSTITUCIONAL (RECEITUÁRIOS, FORMULÁRIOS, GUIAS, ETC)

Em material impresso, de caráter institucional, usado para encaminhamentos clínicos ou administrativos, devem ser observados os seguintes critérios:

I - os dados de identificação do diretor técnico médico (se estabelecimento/serviço de saúde) devem constar em local de destaque na peça;

II - os dados devem vir ao lado ou abaixo da logomarca e das informações de identificação do estabelecimento/serviço de saúde, permitindo com facilidade

sua leitura por observarem perfeita legibilidade e visibilidade;

III - os dados devem ser apresentados no sentido de leitura da esquerda para a direita, sobre fundo neutro, sendo que a tipologia utilizada deverá apresentar dimensão equivalente a, no mínimo, 35% do tamanho do maior corpo empregado no referido anúncio;

IV - nas peças, os dados do médico devem ser inseridos em retângulo de fundo branco, emoldurado por filete interno, em letras de cor preta ou que permita contraste adequado à leitura;

V - no caso dos estabelecimentos/serviços de saúde, a inclusão dos dados do diretor técnico médico não elimina a necessidade de citar em campo específico o nome e CRM do médico responsável pelo atendimento direto do paciente. Tal inclusão deve ocupar espaço de destaque no formulário e também observar critérios de visibilidade e legibilidade;

VI - os dados não necessariamente necessitam estar impressos, mas podem ser disponíveis por meio de carimbos.

VII - é possível o uso de variações cromáticas na inserção dos dados, desde que mantidos os cuidados para a correta identificação dos mesmos, sem prejuízos de leitura ou visibilidade.

VIII - a versão monocromática só pode ser usada em casos onde não haja opção para uso de mais de uma cor, optando-se pelo preto ou branco ou outra cor padrão predominante.

IX - as proporções dos dados inseridos devem ser observadas com critério para assegurar sua leitura e identificação, imprescindíveis ao trato ético em atividades relacionadas à publicidade, propaganda e divulgação médicas.

X - para que outros elementos não se confundam com os dados de identificação do médico, os mesmos devem ser mantidos numa área, dentro da peça, que permita sua correta leitura e percepção. Deve-se observar o campo de proteção e reserva, conforme exemplificado ao lado.

XI - utilizando como referência o espaço mantido entre a primeira e a segunda linha nas quais os dados foram inseridos ou entre a primeira e a segunda letra da primeira palavra, nenhum elemento gráfico ou de texto deve invadir essa área; e os dados devem ser mantidos no interior de uma área de respiro.

XII - para preservar a legibilidade dos dados do médico nos mais diversos meios de reprodução, deve-se observar a correta percepção dos mesmos com relação ao contraste de fundo sobre o qual estão aplicados. Sobre cores claras e/ou neutras, a versão preferencial mostra-se, em positivo, eficiente. Sobre cores escuras e/ou vívidas, optar pela versão em negativo dos dados. Sobre fundos ruidosos e imagens, usar a versão com módulo de proteção.

XIII - para aplicação dos dados sobre fundos em tons de cinza e preto, deve-se observar a escala ao lado. Até 30% de *benday* pode-se optar pela versão preferencial. A partir de 40%, pela versão em negativo do logotipo.

XIV - a fim de preservar a boa leitura e visibilidade dos dados essenciais do profissional, devem ser criteriosamente observadas sua integridade e consistência visual, evitando-se alterações ou interferências que gerem confusão ou visualização e/ou compreensão inadequadas.

CRITÉRIOS ESPECÍFICOS PARA PUBLICIDADE E PROPAGANDA EM TV, RÁDIO E INTERNET

Nos anúncios veiculados por emissoras de rádio, TV e internet, a empresa responsável pelo veículo de comunicação, a partir da venda do espaço promocional, deve disponibilizar, à sociedade, as informações pertinentes ao médico e/ou diretor técnico médico, em se tratando de estabelecimento ou serviço de saúde;

A menção aos dados de identificação do médico/diretor técnico médico deve ser contextualizada na peça publicitária, de maneira que seja pronunciada pelo personagem/locutor principal; e quando veiculada no rádio ou na televisão, proferida pelo mesmo personagem/locutor.

Nos casos de mídia televisiva, radiofônica ou auditiva, a locução dos dados do médico deve ser cadenciada, pausada e perfeitamente audível.

Em peça veiculada pela televisão ou em formato de vídeo (mesmo que sobre plataforma *on-line*), devem ser observados os seguintes critérios:

I - após o término da mensagem publicitária, a identificação dos dados médicos (se consultório privado) ou do diretor técnico médico (se estabelecimento/serviço de saúde) devem ser exibidos em cartela única, com fundo azul, em letras brancas, de forma a permitir a perfeita legibilidade e visibilidade, permanecendo imóvel no vídeo, sendo que na mesma peça devem constar os dados de identificação da unidade de saúde em questão, quando for o caso.

II - a cartela obedecerá ao gabarito RTV de filmagem no tamanho padrão de 36,5cmx27cm (trinta e seis e meio centímetros por vinte e sete centímetros);

III - as letras apostas na cartela serão da família *tipográfica Humanist 777 Bold ou Frutiger 55 Bold*, corpo 38, caixa alta.

Nas peças exibidas pela internet, os dados do médico ou do diretor técnico médico devem ser exibidos permanentemente e de forma visível, inseridos em retângulo de fundo branco, emoldurado por filete interno, em letras de cor preta, padrão *Humanist 777 Bold ou Frutiger 55Bold*, caixa alta, respeitando a proporção de dois décimos do total do espaço da propaganda.

CRITÉRIOS PARA A RELAÇÃO DOS MÉDICOS COM A IMPRENSA (PROGRAMAS DE TV E RÁDIO, JORNAIS, REVISTAS), NO USO DAS REDES SOCIAIS E NA PARTICIPAÇÃO EM EVENTOS (CONGRESSOS, CONFERÊNCIAS, FÓRUNS, SEMINÁRIOS ETC.)

A participação do médico na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deve se pautar pelo caráter exclusivo

de esclarecimento e educação da sociedade, não cabendo ao mesmo agir de forma a estimular o sensacionalismo, a autopromoção ou a promoção de outro(s), sempre assegurando a divulgação de conteúdo cientificamente comprovado, válido, pertinente e de interesse público.

Ao conceder entrevistas, repassar informações à sociedade ou participar de eventos públicos, o médico deve anunciar de imediato possíveis conflitos de interesse que, porventura, possam comprometer o entendimento de suas colocações, vindo a causar distorções com graves consequências para a saúde individual ou coletiva. Nestas participações, o médico deve ser identificado com nome completo, registro profissional e a especialidade junto ao Conselho Regional de Medicina, bem como cargo, se diretor técnico médico responsável pelo estabelecimento.

Em suas aparições o médico deve primar pela correção ética nas relações de trabalho, sendo recomendado que não busque a conquista de novos clientes, a obtenção de lucros de qualquer espécie, o estímulo à concorrência desleal ou o pleito à exclusividade de métodos diagnósticos e terapêuticos. Essas ações não são toleradas, quer em proveito próprio ou de outro(s).

É vedado ao médico, na relação com a imprensa, na participação em eventos e no uso das redes sociais:

- a) divulgar endereço e telefone de consultório, clínica ou serviço;
- b) se identificar inadequadamente, quando nas entrevistas;
- c) realizar divulgação publicitária, mesmo de procedimentos consagrados, de maneira exagerada e fugindo de conceitos técnicos, para individualizar e priorizar sua atuação ou a instituição onde atua ou tem interesse pessoal;
- d) divulgar especialidade ou área de atuação não reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina ou pela Comissão Mista de Especialidades;
- e) anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina;
- f) anunciar, quando não especialista, que trata de sistemas orgânicos, órgãos ou doenças específicas, com indução à confusão com divulgação de especialidade;
- g) utilizar sua profissão e o reconhecimento ético, humano, técnico, político e científico que esta lhe traz para participar de anúncios institucionais ou empresariais, salvo quando esta participação for de interesse público;
- h) adulterar dados estatísticos visando beneficiar-se individualmente ou à instituição que representa, integra ou o financia;
- i) veicular publicamente informações que causem intranquilidade à sociedade, mesmo que comprovadas cientificamente. Nestes casos, deve protocolar em caráter de urgência o motivo de sua preocupação às autoridades competentes e aos Conselhos Federal ou Regional de Medicina de seu estado

para os devidos encaminhamentos;

j) divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente;

k) garantir, prometer ou insinuar bons resultados de tratamento sem comprovação científica;

l) anunciar aparelhagem ou utilização de técnicas exclusivas como forma de se atribuir capacidade privilegiada;

m) divulgar anúncios profissionais, institucionais ou empresariais de qualquer ordem e em qualquer meio de comunicação nos quais, se o nome do médico for citado, não esteja presente o número de inscrição no Conselho Regional de Medicina (observando as regras de formato constantes deste documento). Nos casos em que o profissional ocupe o cargo de diretor técnico médico, o exercício da função deve ser explicitado;

n) consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa ou a distância;

o) expor a figura de paciente como forma de divulgar técnica, método ou resultado de tratamento;

p) realiza e/ou participar de demonstrações técnicas de procedimentos, tratamentos e equipamentos de forma a valorizar domínio do seu uso ou estimular a procura por determinado serviço, em qualquer meio de divulgação, inclusive em entrevistas. As demonstrações e orientações devem acontecer apenas a título de exemplo de medidas de prevenção em saúde ou de promoção de hábitos saudáveis, com o intuito de esclarecimento do cidadão e de utilidade pública;

q) ofertar serviços por meio de consórcios ou similares, bem como de formas de pagamento ou de uso de cartões/cupons de desconto.

DAS PROIBIÇÕES GERAIS

De modo geral, na propaganda ou publicidade de serviços médicos e na exposição na imprensa ao médico ou aos serviços médicos é vedado:

I - usar expressões tais como “o melhor”, “o mais eficiente”, “o único capacitado”, “resultado garantido” ou outras com o mesmo sentido;

II - sugerir que o serviço médico ou o médico citado é o único capaz de proporcionar o tratamento para o problema de saúde;

III - assegurar ao paciente ou a seus familiares a garantia de resultados;

IV - apresentar nome, imagem e/ou voz de pessoa leiga em medicina, cujas características sejam facilmente reconhecidas pelo público em razão de sua celebridade, afirmando ou sugerindo que ela utiliza os serviços do médico ou do estabelecimento de saúde ou recomendando seu uso;

IV - sugerir diagnósticos ou tratamentos de forma genérica, sem realizar consul-

ta clínica individualizada e com base em parâmetros da ética médica e profissional;

V - usar linguagem direta ou indireta relacionando a realização de consulta ou de tratamento à melhora do desempenho físico, intelectual, emocional, sexual ou à beleza de uma pessoa;

VI - apresentar de forma abusiva, enganosa ou assustadora representações visuais das alterações do corpo humano causadas por doenças ou lesões; todo uso de imagem deve enfatizar apenas a assistência;

VII - apresentar de forma abusiva, enganosa ou sedutora representações visuais das alterações do corpo humano causadas por supostos tratamento ou submissão a tratamento; todo uso de imagem deve enfatizar apenas a assistência;

VIII – incluir mensagens, símbolos e imagens de qualquer natureza dirigidas a crianças ou adolescentes, conforme classificação do Estatuto da Criança e do Adolescente;

IX - fazer uso de peças de propaganda e/ou publicidade médica – independentemente da mídia utilizada para sua veiculação – nas quais se apresentem designações, símbolos, figuras, desenhos, imagens, slogans e quaisquer argumentos que sugiram garantia de resultados e percepção de êxito/sucesso pessoal do paciente atreladas ao uso dos serviços de determinado médico ou unidade de saúde;

X - fazer afirmações e citações ou exibir tabelas e ilustrações relacionadas a informações científicas que não tenham sido extraídas ou baseadas em estudos clínicos, veiculados em publicações científicas, preferencialmente com níveis de evidência I ou II;

XI - utilizar gráficos, quadros, tabelas e ilustrações para transmitir informações que não estejam assim representadas nos estudos científicos e não expressem com rigor sua veracidade;

XII - adotar gráficos, tabelas e ilustrações que não sejam verdadeiros, exatos, completos, não tendenciosos, e apresentá-los de forma a possibilitar o erro ou confusão ou induzir ao autodiagnóstico ou à autoprescrição;

XIII - anunciar especialidades para as quais não possui título certificado ou informar posse de equipamentos, conhecimentos, técnicas ou procedimentos terapêuticos que induzam à percepção de diferenciação;

XIV - divulgar preços de procedimentos, modalidades aceitas de pagamento/parcelamento ou eventuais concessões de descontos como forma de estabelecer diferencial na qualidade dos serviços;

XV - não declarar possível conflito de interesse ao se apresentar como palestrante/expositor em quaisquer eventos (simpósios, congressos, reuniões, conferências e assemelhados, públicos ou privados), sendo obrigatório explicitar o recebimento de patrocínios/subvenções de empresas ou governos, sejam parciais ou totais;

XVI - não informar potencial conflito de interesses aos organizadores dos con-

gressos, com a devida indicação na programação oficial do evento e no início de sua palestra, bem como nos anais, quando estes existirem, no caso de médicos palestrantes de qualquer sessão científica que estabeleçam relações com laboratórios farmacêuticos ou tenham qualquer outro interesse financeiro ou comercial;

XVII - participar de campanha social sem ter como único objetivo informar ações de responsabilidade social do profissional ou do estabelecimento de saúde, não podendo haver menção a especialidades ou outras características próprias dos serviços pelos quais são conhecidos;

XVIII - fazer referência a ações ou campanhas de responsabilidade sociais às quais estão vinculados ou são apoiadores em peças de propaganda ou publicidade de médicos ou estabelecimentos de saúde.

Com relação ao uso da publicidade e propaganda, em diferentes mídias, estão disponíveis no Anexo 3 desta resolução os modelos que permitem a visualização do resultado decorrente da implementação de tais critérios, ressaltando-se, contudo, que os mesmos são apenas orientações e sugestões de adequação à norma. Os modelos mencionados, no Anexo 3, encontram-se disponíveis para consulta no sítio do Conselho Federal de Medicina: www.portalmedico.org.br.

Fica estabelecido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de publicação deste regulamento, para que os médicos e empresas de serviços médicos se adéquem às suas disposições a respeito de propaganda, publicidade, informação e outras práticas cujo objetivo seja a divulgação ou promoção de atividades.

ANEXO II – RESOLUÇÃO CFM Nº 1.974/11

Lista de documentos que devem observar os critérios explicitados nesta resolução:

- Atestado
- Atestado de amputação
- Atestado médico
- Atestado médico para licença-maternidade
- Aviso de cirurgia
- Aviso de óbito
- Boletim de anestesia
- Boletim de atendimento
- Boletim de sala — material e medicamentos de sala
- Cartão da família
- Cartão de agendamento
- Cartão índice
- Cartão saúde

Carteira da gestante
Declaração de comparecimento
Demonstrativo de atendimento
Ficha ambulatorial de procedimento (FAP)
Ficha clínica de pré-natal
Ficha de internação ou atendimento
Ficha de acompanhamento
Ficha de acompanhamento de pacientes para remoção
Ficha de acompanhamento do hipertenso e/ou diabético
Ficha de anamnese/exame físico
Ficha de anestesia
Ficha de arrolamento de valores/pertences – paciente
Ficha de assistência ao paciente no pré, trans e pós-operatório imediato
Ficha de atendimento
Ficha de atendimento – pré-natal
Ficha de atendimento diário – nível médio
Ficha de avaliação/triagem de enfermagem
Ficha de avaliação pré-anestésica
Ficha de cadastramento de paciente
Ficha de cadastro da família
Ficha de cadastro da gestante
Ficha de cadastro do hipertenso e/ou diabético
Ficha de cadastro para fornecimento de preservativos
Ficha de cadastro Programa Remédio em Casa
Ficha de cronograma de visita do agente comunitário de saúde (ACS)
Ficha de encaminhamento ao serviço social
Ficha de encaminhamento hospitalar
Ficha de evolução de morbidade
Ficha de evolução de paciente
Ficha de evolução médica
Ficha de evolução multidisciplinar para os demais profissionais
Ficha de exame colposcópico
Ficha de exame físico/evolução de enfermagem (clínica psiquiátrica)
Ficha de exames de emergência
Ficha de identificação de cadáver
Ficha de identificação do paciente
Ficha de identificação do recém-nascido
Ficha de notificação de casos suspeitos ou confirmados (sistema de informação para a vigilância de violências e acidentes - SIVVA)
Ficha de preparo de ultrassom - abdome superior / hipocôndrio direito / vias biliares

Ficha de preparo de ultrassom - vias urinárias / pélvico / próstata
Ficha de procedimento com registro BPA individualizado
Ficha de procedimento para realização de exames Papanicolau (PCG) e colposcopia
Ficha de recursos hospitalares em urgência/emergência
Ficha de referência/contrarreferência
Ficha de registro diário de atividades e procedimentos
Ficha de remoção domiciliar
Ficha de solicitação de antimicrobianos de uso controlado
Ficha para consolidação mensal de atividades, procedimentos e marcadores (auxiliar de enfermagem, ACS)
Ficha para registro de atividades educativas/práticas corporais/oficinas/grupos terapêuticos
Ficha para registro diário de atividades, procedimentos e marcadores (médico, enfermeiro, auxiliar de enfermagem, ACS)
Folha de enfermagem
Formulário da Comissão de Revisão de Óbito
Formulário de controle hídrico e TRP
Formulário de histórico de enfermagem
Formulário de prescrição
Formulário de prescrição médica
Formulário de solicitação de insumos
Guia de encaminhamento
Guia de encaminhamento de cadáver
Guia de internação hospitalar
Instrumento para classificação de paciente – adulto e pediátrico
Laudo médico para a emissão da AIH
Laudo médico para a emissão de APAC
Laudo para solicitação/autorização de procedimento ambulatorial
Prontuário
Receituário
Receituário de controle especial
Receituário médico
Relatório de cirurgia
Relatório de lâminas
Relatório de visitas domiciliares
Requisição de carro de cadáver
Requisição de exames
Requisição de serviços de diagnose e terapia
Resumo de alta hospitalar
Solicitação de exame de apoio diagnóstico

Solicitação de exames de imagem
Solicitação de exames de raios X
Solicitação de exames de ultrassonografia
Solicitação de procedimento especializado
Solicitação de transporte
Termo de autorização de internação
Termo de autorização para encaminhamento de membro
Termo de ciência e consentimento e responsabilização – procedimento
Termo de ciência e consentimento para procedimento anestésico
Termo de encaminhamento para alto risco
Termo final de utilização de prótese, órteses e outros pelas equipes médicas

Publicada no D.O.U. de 19 de agosto de 2011, Seção I, p.241-244

JURISPRUDÊNCIA STJ (I)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.840 - SP (2009/0184212-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ISABEL MARTINS FAVERO E OUTRO

ADVOGADO: EDILSON PEDROSO TEIXEIRA

RECORRIDO: ASSOCIACAO AUXILIADORA DAS CLASSES LABORIOSAS

ADVOGADO: MÁRCIO ANDREONI E OUTRO(S)

EMENTA

CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO. NECESSIDADE.

1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.

2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de *consentimento informado* ou *vontade qualificada*. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente *completa, gratuita e útil*, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

3. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual.

4. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por ISABEL MARTINS FAVERO e VIVIAN FAVERO com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais, ajuizada pelas recorrentes em desfavor da ASSOCIAÇÃO AUXILIADORA DAS CLASSES LABORIOSAS.

Consta da inicial que OCTAVIO FAVERO, marido e pai das recorrentes, mantinha plano de saúde frente à associação recorrida. Acometido de problema cardíaco súbito, dirigiu-se ao pronto socorro do Hospital Nove de Julho, onde já tinha sido atendido anteriormente. Ao tentar utilizar o plano de saúde, a família foi surpreendida pela informação de que o Hospital tinha sido des-

credenciado pela associação recorrida para internações emergenciais. Diante do quadro gravíssimo de OCTAVIO FAVERO – tanto que dias depois veio a óbito – a família se viu obrigada a arcar com todas as despesas de internação, então no valor de R\$14.342,87.

Sentença: julgou procedente o pedido, condenando a associação ao pagamento da indenização pleiteada, sob o argumento de que “o associado não foi devidamente informado, como estabelece o art. 6º do CDC, a respeito do descredenciamento do hospital” (fls. 202/207, e-STJ).

Acórdão: o TJ/SP deu provimento ao apelo da associação, nos termos do acórdão assim ementado (fls. 274/275, e-STJ):

Seguro saúde – Hospital descredenciado – Fato tornado público pelo segurador – Desnecessidade de comprovação de conhecimento específico por parte do segurado (falecido) – Apelo provido para reconhecer a inexistência de obrigação do segurador de cobrir despesas médicas hospitalares na entidade descredenciada.

Embargos de declaração: interpostos pelas recorrentes, foram rejeitados pelo TJ/SP (fls. 434/436, e-STJ).

Recurso especial: alega violação dos arts. 4º, 6º, III, 14, 46, 47, 51, I, IV e XII, e 54, §§ 3º e 4º, do CDC, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 445/478, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/SP negou seguimento ao recurso especial (fls. 527/529, e-STJ), dando azo à interposição do Ag 1.133.410/SP, provido para determinar a subida dos autos principais (fl. 537, e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.840 - SP (2009/0184212-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ISABEL MARTINS FAVERO E OUTRO

ADVOGADO: EDILSON PEDROSO TEIXEIRA

RECORRIDO: ASSOCIACAO AUXILIADORA DAS CLASSES LABO-
RIOSAS ADVOGADO: MÁRCIO ANDREONI E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a determinar se a operadora de plano de saúde está obrigada a informar individualmente cada associado acerca de alterações efetuadas na rede credenciada de atendimento.

Em primeiro lugar, cumpre bem delimitar o objeto da controvérsia. Não se discute nesse processo o direito das operadoras de plano de saúde de modificar a rede conveniada, tampouco de estabelecer regimes de atendimento diferenciados entre os hospitais a ela conveniados.

Dessa forma, não se disputa a legalidade de o Hospital Nove de Julho – onde o falecido marido e pai das recorrentes procurou atendimento – ser conveniado apenas para a realização de cirurgias eletivas, não aceitando por intermédio do plano de saúde mantido pela associação recorrida, pois, atendimentos emergenciais.

Na realidade, o que se questiona é tão somente a forma como a operadora descredenciou o atendimento emergencial naquele hospital, notadamente o procedimento adotado para dar ciência desse fato aos seus associados.

Na espécie, o Hospital Nove de Julho era conveniado inclusive para interações de emergência – tanto que, em oportunidade anterior, o de *cujus* fora lá atendido fazendo uso do plano de saúde – e, a partir de um dado momento, a operadora decidiu descredenciar parcialmente o referido nosocômio, mantendo o convênio apenas para cirurgias eletivas.

A família recorrente, porém, não foi individualmente informada acerca desse descredenciamento. Consta da sentença que “a documentação apresentada pela ré não comprova que forneceu informação expressa acerca dessa restrição ao associado OCTAVIO FAVERO” (fl. 206, e-STJ).

O TJ/SP, contudo, considerou essa circunstância irrelevante, concluindo ser “dever do consumidor se manter informado sobre as entidades conveniadas e forma de atendimento, não se impondo ao segurador o dever de informar, pessoalmente, cada um dos segurados” (fl. 436, e-STJ).

Nos termos do art. 6º, III, do CDC, constitui direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Em complemento, o art. 46 do CDC estabelece que “os contratos que regulam relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio do seu conteúdo”.

No que tange especificamente às operadoras de plano de saúde, o STJ já decidiu estar ela “obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de **informação**, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado” (REsp 418.572/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 30.03.2009) (grifei).

Vale notar que os referidos dispositivos legais são reflexo do princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se, portanto, de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.

Muito oportuna, nesse ponto, a lição de Cláudia Lima Marques, no sentido de que o dever de informar não se restringe à fase pré-contratual, incluindo o dever “de informar durante o transcorrer da relação (...), ainda mais em contratos cativos de longa duração, como os de planos de saúde (...), pois, se não sabe dos riscos naquele momento, não pode decidir sobre a continuação do vínculo ou o tipo de prestação futura”. A autora conclui que “informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação: é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade (pois é o fornecedor que detém a informação) e boa-fé” (Comentários ao código de defesa do consumidor, 2ª ed., São Paulo: RT, 2006, pp. 178-179).

Realmente, a rede conveniada vigente no ato da contratação do plano de saúde integra o acordo de vontades, de maneira que eventual alteração no seu conteúdo deve obrigatoriamente ser comunicada ao associado.

A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual.

Se, por um lado, nada impede que a operadora altere a rede conveniada, cabe a ela, por outro, manter seus associados devidamente atualizados sobre essas mudanças, a fim de que estes possam avaliar se, a partir da nova cobertura oferecida, mantêm interesse no plano de saúde.

A relação médico-paciente é eminentemente de confiança – situação que se estende à relação hospital-paciente – de sorte que a exclusão de profissionais ou nosocômios da rede credenciada pode afetar diretamente a disposição do segurado de permanecer associado ao plano de saúde.

Ademais, a qualidade e a extensão da rede conveniada também servem de parâmetro para que o associado avalie a razoabilidade do valor da mensalidade paga pelo plano de saúde, de modo que ele deve ser regularmente informado acerca de qualquer alteração nesse sentido.

Outrossim, imperioso frisar que o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido pelo fornecedor quando a informação for prestada ao consumidor de forma **adequada**.

O direito à informação não se exaure em si mesmo, tendo por finalidade assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas. Cuida-se do

que a doutrina vem denominando de *consentimento informado* ou *vontade qualificada* que, na lição de Sergio Cavalieri Filho, parte do pressuposto de que “sem informação adequada e precisa o consumidor não pode fazer boas escolhas, ou, pelo menos, a mais correta” (Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83).

Em complemento a esse raciocínio, Bruno Miragem adverte que, para atendimento do dever de informar, não basta que os dados considerados relevantes sejam disponibilizados ao consumidor. De acordo com o autor, “é necessário que esta informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor” (Direito do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 122).

Por esse mesmo caminho trilha a jurisprudência do STJ, que já assentou que, por informação adequada, entende-se “aquela que se apresenta simultaneamente *completa, gratuita e útil*, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor” (REsp 586.316/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.03.2009).

Conclui-se, portanto, que na hipótese específica dos autos, tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais.

Avisos genéricos e indeterminados, que não ofereçam um mínimo de garantia quanto à ciência pessoal do associado acerca da alteração da rede conveniada, não correspondem à informação adequada exigida pelo CDC.

Na espécie, o Juiz de primeiro grau de jurisdição consigna que “a documentação apresentada pela ré não comprova que forneceu informação expressa acerca dessa restrição ao associado OCTAVIO FAVERO” (fl. 206, e-STJ). O TJ/SP, apesar de reformar a sentença, não contrapõe essa alegação – ao contrário, tacitamente a confirma – se limitando a afirmar que não caberia à operadora “o dever de informar, pessoalmente, cada um dos segurados” (fl. 436, e-STJ).

Patente, assim, não ter a operadora recorrida cumprido a contento o seu dever de informação, violando frontalmente os arts. 6º, III, e 46 do CDC.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para restabelecer integralmente a sentença de fls. 202/207, e-STJ.

JURISPRUDÊNCIA STJ (II)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.184.189 - MS (2010/0039103-3)

RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

RECORRENTE: JULINDA ALVES VIEIRA E OUTROS ADVOGADO:
JOSE CARLOS VINHA E OUTRO(S)

RECORRIDO: SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A
ADVOGADO: GIANCARLO JOÃO FERNANDES E OUTRO(S)

EMENTA

AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. COMPLEMENTAÇÃO DE PRÊMIO. CIRURGIA BARIÁTRICA. LESÃO ACIDENTAL NO BAÇO DA PACIENTE. SEPTICEMIA. MORTE ACIDENTAL. OMISÃO INEXISTENTE. FATOR EXTERNO E INVOLUNTÁRIO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Sem embargo de assumir conclusão contrária à pretensão da parte recorrente, a Corte local apresentou fundamentação idônea, o que afasta a procedência da alegação de ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

2- A lesão acidental no baço da paciente durante cirurgia bariátrica (cirurgia de redução de estômago), causadora da infecção generalizada que resultou no óbito da segurada, constitui morte acidental, para fins securitários, e não morte natural.

3. Tendo sido rejeitado o pedido de indenização por dano moral, a procedência apenas do pleito de complementação da cobertura securitária implica o reconhecimento de sucumbência recíproca.

4. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da sra. Ministra Relatora. Os srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília/DF, 15 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Cuida-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da CF, interposto por JULINDA ALVES VIEIRA E OUTROS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, cuja ementa ora reproduzo:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – COMPLEMENTAÇÃO SECURITÁRIA – CIRURGIA DE GASTROPLASTIA “REDUÇÃO DO ESTÔMAGO” – COMPLICAÇÕES DECORRENTES DA CIRURGIA – MORTE ACIDENTAL – NÃO CARACTERIZADA – INDENIZAÇÃO LIMITADA AOS RISCOS PREDETERMINADOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 757 CC – RECURSO PROVIDO.

Somente para fins securitários, considera-se como morte natural, as complicações pós-operatórias decorrente de infecção generalizada, oriunda de cirurgia de gastroplastia “cirurgia de redução do estômago”.

Acidente pessoal ou morte acidental é aquela que decorre de evento súbito, com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, involuntário e violento.

Descabe ao segurador a obrigação de indenizar o segurado sobre os riscos excluídos na apólice, consoante o disposto no artigo 757 do CC.

Indevida, pois, a complementação do seguro para a cobertura da modalidade morte acidental.

RECURSO ADESIVO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – RECURSO PREJUDICADO – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

Resta prejudicado o recurso adesivo interposto com intenção de majorar os honorários advocatícios, por terem sido invertido os ônus sucumbenciais, em decorrência do provimento ao recurso da parte contrária. (e-STJ fl. 510) Foram opostos embargos de declaração, rejeitados (e-STJ fls. 533-540).

No propósito de obterem complementação da cobertura de seguro sob a modalidade morte acidental, as recorrentes defendem, em seu recurso especial (e-STJ fls. 544-564), a violação dos seguintes dispositivos; apontando, para isso, os argumentos a seguir reproduzidos:

a) art. 535, inciso II, do CPC - Não sendo possível que um óbito decorrente de “complicações pós-cirúrgicas” seja tido como “morte natural”, o acórdão recorrido, ao reformar a sentença e assumir tal conclusão, acabou por omitir pontos sobre o qual deveria ter se pronunciado, a saber: **1.º**) Pactuado o seguro em 21.10.74, não poderia a Corte de origem utilizar-se de documento não pertencente à apólice originária, para embasar-seem apólice datada de 15.6.96 (e-STJ fl. 284); **2.º**) Não se desincumbiu a seguradora do ônus de juntar aos autos a apólice de seguro firmada com a contratante no ano de 1974; **3.º**) Além da causa da morte, não constaram do acórdão as datas da cirurgia, da alta médica, da internação de urgência, da nova operação e do óbito da segurada; **4.º**) Não houve enfrentamento da alínea “a” do item 2.3, denominado “Condições Gerais do Seguro de Acidente Pessoal Coletivo”, constante do documento datado de 1996.

b) arts. 757 e 760 do CC/02 - Ao admitir o conceito de morte natural, “somente para fins securitários”, o óbito decorrente de complicações pós-operatórias à cirurgia de gastroplastia (popularmente conhecida como “cirurgia de redução do estômago”), o acórdão recorrido acabou por injustamente favorecer a seguradora. Sendo acidental, e não natural, a morte oriunda de complicações pós-cirúrgicas - como a infecção generalizada que a segurada fora vítima -, razão não haveria, enquanto fator externo ao ato cirúrgico, para negar o pagamento do seguro às recorrentes. Para isso, além de apresentarem dissídio jurisprudencial sobre o assunto, buscam novo arbitramento dos honorários fixados em sentença, majorando-os à razão de 20% sobre o valor da condenação.

Intimado, o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do provimento ao recurso com base na divergência.

Houve contra-razões (e-STJ fls. 579 586)

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.184.189 - MS (2010/0039103-3)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): O recurso merece parcial provimento.

Preliminarmente, não verifico, na espécie, omissão na apreciação das questões suscitadas. Como é sabido, não está o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos apontados pelas partes, a fim de expressar o seu convencimento. O pronunciamento sobre os fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se, de fato, objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido.

Sob tal perspectiva, ao fundamentar-se em cláusula de apólice posterior à assinatura da contratação inicial do seguro, ocorrida em 21.10.74, o Tribunal local assim o fez tomando por base os preceitos contidos na Circular nº 29/1991 da Superintendência dos Seguros Privados - SUSEP, Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pelo Decreto-lei nº 73/66, que, dentre outras funções, é responsável pelo controle e fiscalização do mercado de seguros (e-STJ fl. 208). É em tal Circular (art. 1.º) que se encontrava a definição de acidente pessoal - até ser expressamente derogada pela Circular nº 302/05 (art. 110) - literalmente reproduzida, por imposição da própria entidade reguladora, na apólice da segurada, datada de 15.6.96 (e-STJ fl. 284).

Daí ser equivocado acreditar, ainda que se tratando de cláusula superveniente à pactuação inicial do seguro, haja a Corte de origem se embasado em regra não contemplada na apólice da segurada, se, dentre as sucessivas renovações contratuais, a entidade reguladora do mercado de seguros, no legítimo exercício de suas atribuições, passou a estabelecer normas de caráter uniformizador reproduzidas na apólice em vigor.

Por sua vez, além de somente agora suscitada, a ausência de juntada da apólice originária, datada de 1974, afigura-se-me, no caso, inteiramente desinfluyente a solução da lide, visto não se controverter sobre existência e conteúdo de garantias securitárias que não possam ser divisados por outros documentos, a exemplo das apólices de fls. 284-317 (e-STJ).

Sob outro aspecto, da simples leitura do relatório do acórdão recorrido (e-STJ fls.512-513) é possível observar a reprodução histórica dos fatos que antecederam ao sinistro, bem como a causa da morte da segurada: o grave quadro de septicemia de que fora vítima, mais conhecida por “infecção generalizada”, após cirurgia no curso da qual houve perfuração do baço da paciente.

Quanto ao mais, o simples fato de não haver sido acolhida a tese que as recorrentes supõem seja mais acertada não redundaria, por si só, na omissão alegada, na linha da pacífica jurisprudência desta Corte.

Vê-se, portanto, que, sem embargo de assumir conclusão contrária à pretensão das recorrentes, o Tribunal local apresentou fundamentação idônea, afastando, assim, a alegação de ofensa ao art.535, inciso II, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, a discussão central do recurso reside em definir se, para fins securitários, o óbito provocado por infecção generalizada decorrente de

acidente (lesão do baço) ocorrido no decorrer de cirurgia bariátrica, popularmente conhecida por “cirurgia de redução de estômago”, considera-se morte natural ou morte acidental.

Cumprido pontuar, inicialmente, que, ainda que o conceito de acidente pessoal encontre previsão no contrato de seguro (e-STJ fl. 284), não se aplicam, à espécie, os enunciados da Súmula nº 5 e 7 do STJ. Discute-se, em realidade, a qualificação jurídica do evento que resultou na morte da segurada, caracterizando por acidente ou por fato natural o desenrolar do procedimento cirúrgico que a vitimara.

Para isso, faz-se mister a reprodução da dinâmica dos fatos que antecederam o sinistro, tal qual delineada pela Corte de origem:

À época dos acontecimentos, a segurada Sra. Elizete Alves Vieira era portadora da doença denominada “obesidade mórbida”, de acordo com o relatório médico acostado às f. 41-verso.

No dia 07/03/2002, submeteu-se a cirurgia de gastroplastia, popularmente conhecida como “cirurgia de redução do estômago”. **Ocorreu, entretanto, que durante a operação, seu baço foi lesionado, tendo que passar por uma intervenção de esplenectomia “retirada do baço”.**

Na data de 10/03/2002 recebeu alta hospitalar, porém, no dia 13/03/2002 teve de ser hospitalizada às pressas, em razão de sérias complicações pós-operatórias, inclusive, foi necessário realizar operação de laparotomia reparadora, devido ao grave quadro de septicemia “infecção generalizada”. Em decorrência dessas complicações, a segurada veio a óbito no dia 27/03/2002, vinte dias após a cirurgia de gastroplastia “redução do estômago”.

Logo, em razão do falecimento da Sra. Elizete Alves Vieira, segurada da requerida, os beneficiários ora requerentes, pleitearam administrativamente o prêmio, recebendo na data de 23/07/2002, a indenização da cobertura básica por morte natural (f. 43-47). (e-STJ fls. 448-449, grifo não constante do original).

Como base em tais elementos de fato, suficientemente descritos no acórdão, é que pretendem as recorrentes, mãe e irmãs da segurada, cobrar a diferença do valor do seguro recebido na condição de beneficiárias, visto contemplar a apólice valores diferentes para morte natural e para morte acidental, o que lhes daria direito a receber ainda R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), acaso se entenda ter havido “morte acidental” da segurada.

Observo, contudo, que o Tribunal local concluiu ter sido natural a morte da paciente por infecção generalizada; apontando, para tanto, os argumentos a seguir transcritos, a saber:

“Pois bem, o cerne da questão cinge-se unicamente em saber, se a causa morte de uma pessoa em decorrência de infecção generalizada, oriunda de

uma intervenção cirúrgica de gastroplastia “redução de estômago”, caracteriza-se como morte natural ou morte acidental.

Os requerentes defenderam incessantemente que esse acontecimento caracterizava-se morte acidental, oportunidade em que o Magistrado a quo acolheu a aludida tese, tecendo as seguintes considerações:

“Dessume-se pelos documentos acostados nos autos que a complicação decorrente da cirurgia que levou à infecção generalizada da segurada é um fator inesperado e de ocorrência pouco provável, devendo ser considerada como acidente para fins securitários, não podendo ser enquadrada como morte natural.

Em vista disso, constata-se que a questão central nos autos é o reconhecimento do pedido das requerentes, pois a morte da segurada decorrente de “gastroplastia” (documento de f. 33) enquadra-se no conceito de morte por acidente.” (f. 396)

No entanto, diverjo do posicionamento adotado pelo sentenciante, pois a meu ver o referido acontecimento não se caracteriza como morte acidental (acidente pessoal), mas sim morte natural.

Prescreve o caput do artigo 757, Código Civil de 2002:

“Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.” (grifo nosso)

(..)

E ademais, o art. 760 do mesmo diploma legal estabelece:

“Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.” (grifamos)

Pela leitura dos dispositivos supramencionados, conclui-se que a seguradora somente tem o dever de indenizar nos casos em que ocorram os riscos previamente contratados e nos limites das garantias mencionadas na apólice.

Consigno ainda, que é lícito a seguradora determinar expressamente no contrato os riscos excluídos, particularizando-os, de modo a evitar qualquer dúvida na interpretação da cobertura securitária. É o caso do item 2.3, b, da Cláusula 2 da Apólice de f. 237, verbis:

“2.3 Não se incluem no conceito de acidente pessoal:

b) as intercorrências ou complicações consequentes da realização de exames,

tratamentos clínicos e cirúrgicos, quando não decorrentes de acidente coberto.”

Por seu turno, o item 2.1 da referida cláusula, conceitua acidente pessoal (morte acidental) como:

“Evento exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física que, por si só e independentemente de toda e qualquer outra causa, tenha, como consequência direta, a morte” [...].

Assim, não restam dúvidas de que o falecimento se deu não em virtude de causa externa, súbita e violenta, mas sim em decorrência de doença (obesidade mórbida/infecção generalizada), um processo interno inerente ao ser humano. **De tal modo que, muito embora a morte da ex-segurada tenha se dado de forma inesperada, não se pode dizer que o falecimento decorreu de acidente, pois todos estão suscetíveis de contrair infecções hospitalares, seja através de um simples ou complexo procedimento cirúrgico. Desse modo, tendo em vista que a morte da segurada Sra. Elizete Alves Vieira decorreu de “síndrome angústia respiratória, choque séptico, peritonite, complicação de gastroplastia, abdome agudo, laparotomia, intubação prolongada” (f. 33), ou em poucas palavras “infecção generalizada”, somente após 20 dias da intervenção cirúrgica de redução do estômago, não há falar em morte acidental. Somente para fins securitários então, forçoso é concluir que a morte decorrente de complicações oriundas da cirurgia de redução de estômago é natural e não acidental.**

(...)

Destarte, as requerentes não fazem jus ao pagamento da complementação pretendida por morte acidental, pois a indenização foi paga nos limites do risco contratado e do fato ocorrido, qual seja, morte natural. (e-STJ fls. 513-515)

De fato, equivocou-se a Corte de origem. Como narrado, o imediato retorno da segurada ao hospital, com apenas 3 (dias) do recebimento da alta médica, foi motivado por acidente ocorrido no curso da cirurgia (durante a qual foi lesionado o seu baço) o que, dentre vários incidentes, acabara por exigir-lhe a retirada do baço (esplenectomia), com causa provocadora da infecção generalizada (septicemia) que a levou a óbito 14 (catorze) dias mais tarde.

Em verdade, contrariamente ao que ficou decidido, tenho, para mim, que a infecção generalizada, resultante de imprevista lesão no baço da paciente, não se manteve na linha natural do desdobramento cirúrgico. Tal acontecimento, no contexto de procedimentos médicos da mesma natureza representou, em realidade, evento não esperado e pouco provável; fator externo e involuntário

ao ato cirúrgico de “redução de estômago” a que foi submetida a segurada, portadora de obesidade mórbida.

Não se tratou, pois, de complicação cirúrgica decorrente da doença tratada (obesidade mórbida) ou de qualquer outro fato interno do organismo da vítima que a fragilizasse, contribuindo decisivamente para o insucesso da cirurgia. Houve um fato externo ao organismo da vítima, ou seja, a lesão ao baço acidentalmente ocorrida durante a cirurgia.

Daí por que, para quaisquer fins, inclusive securitários, depreende-se dos fatos incontroversos narrados no acórdão que a infecção, causadora da morte da vítima, foi provocada pela lesão acidental, o que afasta a alegação de morte natural e autoriza a complementação do prêmio por morte acidental.

Tendo havido sucumbência recíproca, dado que indeferido o pedido de dano moral, sem recurso no ponto, cada parte arcará com os honorários de seu advogado e com metade das custas processuais.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido de complementação da cobertura securitária, respondendo cada parte por metade dos ônus da sucumbência.

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA STJ (III)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.184.932 - PR (2010/0043325 8)

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA

RECORRENTE: LISANDRA DA ROSA GOLBA

ADVOGADO: ADYR SEBASTIÃO FERREIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF

1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado – responsabilidade subjetiva, portanto.

3. O Tribunal *a quo*, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, conseqüentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostrara coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora.

4. Fica nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu

dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ.

5. Alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Magna.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 13 de dezembro de 2011(data do julgamento).

Ministro Castro Meira

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto pelas alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. DANOS DECORRENTES DE PROCEDIMENTO ODONTOLÓGICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. NEXO CAUSAL INEXISTENTE.

1. - Não implica cerceamento de defesa o indeferimento de prova testemunhal e pericial quando a documental é suficiente para o deslinde da causa,

devendo o juiz indeferir as diligências que julgar inúteis ou procrastinatórias, nos termos do art. 130 do CPC.

2. - Não obstante ser objetiva a responsabilidade civil, as amplas provas produzidas durante a instrução são conclusivas no sentido de comprovar a ausência de nexo causal entre os atos do preposto da União e os danos sofridos pela autora, ora apelante, motivo pelo qual o pedido indenizatório merece ser julgado improcedente (e-STJ fl. 893).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fl. 912).

A recorrente aponta contrariedade ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Alega que “para a configuração da responsabilidade civil do Estado através da Teoria do Risco Administrativo não é preciso que a vítima **prove** os detalhes do nexo causal entre a cirurgia praticada e os resultados danosos” (e-STJ fl. 924, destaque no original). Segundo argumenta, ficou incontroversa a existência da cirurgia e dos “danos e problemas do pós-operatório” (e-STJ fl. 919).

A insurgente também sustenta violação do art. 535, II, do, Código de Processo Civil, apontando as seguintes omissões:

a) “A Turma julgou a preliminar como se se tratasse de indeferimento, quando não era. A prova foi realizada, sim, mas sem a comunicação ao advogado da parte, o que viola o princípio do devido processo legal. Esse é o tema que deve ser julgado pela Turma, e infelizmente não foi ainda” (e-STJ fl. 927, destaques no original);

b) que o acórdão, para o exame da responsabilidade civil, não analisou o fato causador com enfoque na dualidade “cirurgia e dano”, mas embasou-se em “tumor e dano”, o que entende equivocado;

c) não houve pronunciamento sobre as alegações de que a responsabilidade da União somente poderia ser afastada com a prova de caso fortuito ou culpa da autora e de que a situação dos autos demanda aplicação do Código de Defesa do Consumidor;

d) que o próprio cirurgião do Estado afirmou ter havido diagnóstico errado e, conseqüente, cirurgia errada;

e) mesmo após a apresentação dos aclaratórios, o Tribunal regional não se manifestou sobre o laudo pericial;

f) que a “má escolha da placa” usada na recorrente é capaz de definir a responsabilidade objetiva do caso em exame.

Alega que foram vulnerados os arts. 131, 165 e 458, II, do CPC, por deficiente a fundamentação do aresto quanto aos quesitos acima relacionados. Por fim, aponta violação do art. 37, § 6º, da CF/88 e do art. 14 do CDC. Aponta divergência jurisprudencial.

Foi interposto simultaneamente recurso extraordinário (e-STJ fls. 987-

1.007). Contrarrazões ofertadas às e-STJ fls. 1.076-1.087.

Admitido o especial na origem (e-STJ fls. 1.101-1.102), subiram os autos para julgamento.

Em parecer da lavra do Ilustre Subprocurador-Geral da República Substituto Doutor Mario Ferreira Leite, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso ou por seu desprovimento (e-STJ fls. 1.124-1.128).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.184.932 - PR (2010/0043325-8)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado – responsabilidade subjetiva, portanto.

3. O Tribunal *a quo*, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, conseqüentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostrara coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora.

4. Fica nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ.

5. Alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não

podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Magna.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): A pretensão da recorrente não comporta acolhida.

Inicialmente, importa ressaltar que o acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

Com efeito, o Tribunal de origem manifestou-se de maneira clara e fundamentada sobre as questões postas a julgamento. Concluiu em sentido contrário ao posicionamento defendido pela ora recorrente, mas não foi omissor.

Quanto à apreciação da prova produzida sem intimação da autora - depoimento do Sr. Leocádio José Correia de Freitas -, a Corte de origem ressaltou que “na sentença foi expressamente consignado que *‘as declarações da testemunha não serviram de fundamento para o julgado’*” (e-STJ fl.885).

As demais omissões apontadas, relativas à análise das provas dos autos e determinação de responsabilidade civil no caso, confundem-se com o exame do próprio mérito da demanda.

O Tribunal a *quo*, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião dentista, e, conseqüentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu haver conduta coerente com o dever do médico de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora. É o que se depreende do seguinte excerto do voto condutor:

Nada há a alterar na bem lançada sentença de lavra da MMa. Juíza Federal Substituta, Dra. Tani Maria Wurster, que com precisão deslindou a controvérsia, em fundamentação a que me reporto:

“(…)

Sobre a segunda questão, entendo que a obrigação do dentista será de meio ou de resultado, dependendo das circunstâncias que envolvem a prestação do serviço.

Assim, nas hipóteses em que o resultado pretendido é eminentemente de caráter estético, diga-se, um paciente sadio que pretenda apenas alterações de forma, a obrigação será de

resultado, porque o cirurgião dentista tem, em princípio, controle sobre o resultado.

Por outro lado, se o paciente procura os serviços do cirurgião dentista porque sofre de alguma moléstia que necessita de cura, a obrigação do profissional neste caso em nada se distingue da atuação do médico, cuja obrigação é de meio, uma vez que nestes casos não dispõem eles de controle sobre o resultado final, dadas a imprevisibilidade das consequências, impostas pela natureza da doença. E é exatamente este o caso dos autos.

Segundo se extrai dos documentos juntados aos autos, a autora não procurou o cirurgião em busca de um tratamento estético, mas foi acometida por um ameloblastoma, mal que segundo o laudo (fls. 471), “causa destruição do osso (lesão osteolítica)”.

Neste caso, portanto, a obrigação do cirurgião é de realizar todos os procedimentos que estão ao seu alcance, segundo a literatura especializada, em princípio, para a solução do problema (obrigação de meio). Nestas hipóteses não está o profissional em condições de garantir a cura (obrigação de resultado). Fixadas tais premissas, passo a analisar as provas dos autos.

A autora na inicial traz um histórico de martírio que tem passado nos últimos nove anos, edescreve os procedimentos realizados pelo cirurgião, sem, contudo, dizer especificamente qual o procedimento equivocado que teria sido a causa dos danos sofridos.

Dessa forma, serão analisados os procedimentos adotados de forma cronológica. Eles podem ser divididos em duas fases: a) de diagnóstico e tratamento inicial (curetagem); b) de colocação e remoção de placas.

a) Do diagnóstico e da curetagem / ressecção

Na primeira fase do tratamento, os procedimentos realizados pelo cirurgião foram os seguintes:

A autora em 1996 procurou os serviços do dentista em razão de uma saliência no maxilar. O tratamento realizado foi uma curetagem para biópsia. O exame não foi conclusivo, em razão da insuficiência de material.

O profissional, diante da dúvida, realizou nova curetagem para biópsia, cujo resultado fora “cisto dentígero” (fl.86). O cirurgião, no entanto, não concordando com o resultado do exame, dadas as circunstâncias da análise clínica, determinou a realização de nova curetagem (agora com margem de segurança-tratamento que segundo o profissional seria o indicado para o cisto dentígero) e enviou o material para novo exame, que concluiu se tratar de um ameloblastoma (fl. 88).

Em razão do diagnóstico, fora realizada a ressecção com margem de segurança.

O que se extrai do laudo pericial de fls. 462/477, é que os procedimentos realizados pelo dentista estão de acordo com a literatura médica, segundo os diagnósticos que lhe foram apresentados. Vejamos.

Segundo o laudo, o procedimento inicial, curetagem para biópsia, é a providência mais indicada para se chegar a um diagnóstico preciso no caso de lesões osteolíticas:

“As lesões osteolíticas no início da evolução se apresentam muito semelhantes, sendo difícil a identificação por radiografias entre cisto residual, cisto periapical, cisto dentígero, ameloblastoma unicístico e outros tumores benignos e malignos. Portanto, se faz necessário tal procedimento de biópsia” (fl.465).

“O exame radiográfico é considerado um exame complementar, necessitando, portanto, de outros dados como anamnese, exame clínico, radiográfico e por fim biópsia” (fl. 471). Assim, não há nada a impugnar em relação às duas curetagens iniciais, as quais foram indispensáveis para o diagnóstico preciso.

O laudo, da mesma forma, confirma que não há necessidade de que as biópsias sejam realizadas em centro cirúrgico, bem como que as curetagens não “espalham as células doentes”, conforme alegado na inicial:

“As biópsias não são necessariamente realizadas no centro cirúrgico hospitalar, podendo ser realizadas tanto em consultório odontológico quanto em ambulatório” (fl. 471).

“Na biópsia de uma lesão benigna por curetagem, há possibilidade de se desenvolver metástases ou de se aumentar o tumor, espalhando células tumorais pelo corpo? (...) A resposta para a quarta pergunta é não. Não ocorre metástase ou disseminação de tumor quando se realiza biópsia. O que pode ocorrer é a não remoção de toda a lesão e haver recorrência” (fl. 471).

Após a segunda curetagem, o resultado da biópsia foi “cisto dentígero” (fl.87). O laudo confirma o acerto do procedimento utilizado pelo cirurgião, tanto ao não concordar com o resultado da biópsia, como o de realizar nova curetagem (a terceira):

“5) Ante a ausência de diagnóstico até então (havia apenas a suspeita de cisto traumático, e a evolução da lesão foi observada em radiografia feita em 03/12/0966), foi realizada nova biópsia e o resultado anátomo-patológico foi “cisto dentígero” (laudo fl. 87).

Este tumor era compatível com a imagem radiológica e com o comportamento do tumor? Se não era, deveria ser feita nova biópsia? Este laudo anátomo-patológico autorizava o cirurgião a fazer a curetagem, como foi feito em 21/07/99? (...)

A resposta à primeira pergunta é não. Analisando a primeira radiografia, trazida pela Sra. Lisandra Golba por ocasião do exame clínico (fl. 196), não observamos relação de lesão com a coroa do dente (parte exposta do dente e recoberta pelo esmalte dentário) característicos dos cistos dentígeros. O cisto dentígero é um tipo de cisto que acomete a coroa dos dentes que não irromperam na boca e se desenvolve a partir de restos epiteliais do folículo dentário, podendo, se início, ser confundido com outros cistos e tumores como o ameloblastoma. A resposta para a segunda pergunta é sim. O recomendado seria nova biópsia para confirmar o diagnóstico. A resposta para a terceira pergunta é sim”.

Realizada a terceira curetagem, o resultado no anátomo-patológico foi a presença do ameloblastoma.

Assim, quanto ao tratamento utilizado para a autora em razão da confirmação do ameloblastoma (ressecção), o laudo afirma por várias vezes que há na literatura médica diversos tratamentos indicados para o problema, entre eles a ressecção, e que a escolha por um ou outro depende da natureza da lesão, bem como daquilo que se pretende conservar: a segurança do tratamento (opção pela ressecção) que leva à cura, mas impõe a remoção do tecido ósseo, ou a curetagem, que, embora menos invasivo, não resolve o problema, apenas permite o seu controle:

“Em segundo lugar, há formas diferentes de condutas de acordo com o tipo do ameloblastoma, seu aspecto histológico, sua agressividade e a região afetada, não havendo receita prévia aplicável em todos e quaisquer casos. (...) Portanto, não se pode dizer que o tratamento do ameloblastoma é mais previsível e exequível que outras patologias, tanto é que na literatura especializada não existe consenso nas formas de tratamento utilizáveis” (fls. 468).

“O plano de tratamento proposto, de ressecção do tumor e reconstrução através de enxerto ósseo, é uma técnica bastante aplicada em diversos centros de tratamento” (fl. 468).

(...)

Não há que se falar, portanto, em equívocos do cirurgião dentista nessa primeira fase do tratamento. O que se verifica apenas é uma escolha feita pelo profissional de uma técnica reconhecida na literatura especializada, segundo as circunstâncias do caso concreto.

De outro lado, a perícia confirmou que o procedimento da ressecção fora realizado de forma adequada, uma vez que o ameloblastoma fora totalmente retirado (item 13 de fls. 474).

b) Da colocação e remoção de placas

Em razão da ressecção realizada para retirar o tecido doente, o cirurgião realizou uma cirurgia para colocação do enxerto ósseo. O resultado não foi o esperado, a autora fora acometida de uma infecção, em razão da qual fora retirada a placa de sustentação do enxerto.

Segundo a autora, em julho de 2001, fora realizada nova cirurgia para colocação de outra placa, a qual, no entanto, quebrou.

A respeito da utilização do enxerto ósseo no caso de ressecção, o laudo confirma a correção do procedimento:

“9) Em caso de tumor benigno, a literatura médica recomenda o enxerto da crista do osso ilíaco para a reconstrução primária de uma ressecção mandibular de 6,00 cm, como no caso da autora? Qual a vantagem do enxerto ósseo, uma vez consolidado?”

A resposta para a primeira pergunta é sim. A reconstrução óssea com enxerto autólogo, ou seja, osso retirado do próprio paciente é uma das condutas preconizadas na maioria dos autores. A vantagem do enxerto ósseo autólogo reside no fato de ser um material totalmente compatível e sem chances de rejeição” (fl. 473).

De se ressaltar, ainda, que as consequências do pós-operatório havidas no caso da autora, tais como: problemas de revascularização, infecção, reabsorção do enxerto e eliminação de sequestros ósseos, são ocorrências previsíveis e passíveis de ocorrência em qualquer caso, que decorrem de variáveis que não estão sob o controle do profissional da saúde, de sorte que não é possível imputar a ele a responsabilidade por elas. Trata-se do risco inerente ao procedimento. Nesse sentido é a resposta ao item 10 de fls. 473, que conclui: “Estas complicações são descritas na vasta literatura que discorre sobre enxertos ósseos”. Quanto à escolha da placa adequada para ser utilizada no caso da autora, o laudo pericial afirma que o instrumento não foi o mais adequado para a hipótese:

“No caso analisado foi usada uma placa nacional de marca DPO que não é uma placa recomendada para casos de reconstrução” (fls. 467).

“Mesmo sendo uma placa longa e com parafusos bicorticais (parafusos que transfixam o osso de um lado a outro da mandíbula) não considero a placa utilizada adequada por não se tratar de placa de reconstrução. Seria prudente usar uma placa específica de reconstrução” (fls. 474).

Ocorre, no entanto, que é possível se extrair do tanto do laudo pericial, quanto de outras circunstâncias nos autos, que não foi a utilização da referida placa a causa dos males de que sofre a autora até os presentes dias, mas o fato do enxerto ósseo ter sido reabsorvido. Reabsorção essa, aliás, que é consequência possível nos procedimentos de enxertos ósseos. Vejamos o que diz o laudo (esclarecimentos de fls. 522/523):

“A necessidade da paciente de se submeter a novo procedimento cirúrgico não decorre diretamente da placa utilizada. A placa tem a finalidade de dar a sustentação e estabilidade ao enxerto ósseo para que ocorra a regeneração natural da parte óssea enxertada. A capacidade de regeneração natural depende de cada paciente e das condições de reabsorção do enxerto. O fato de o enxerto não ter vingado na paciente não é consequência exclusiva da falha da placa, mas a iniabilidade do enxerto ósseo que também tornou a placa suscetível à fratura. (...) Quanto ao fato da placa não ser adequada, a placa utilizada é mais utilizada para fraturas de mandíbula. O que não significa dizer que o insucesso da cirurgia se deu em decorrência direta da utilização daquela placa, mas sim da reabsorção do enxerto ósseo.”

A irrelevância da placa utilizada com relação ao insucesso da cirurgia é corroborada pelo fato de que a autora já se submeteu à colocação de outra placa, desta vez na cidade de São Paulo, com profissionais cuja capacidade não fora contestada nos autos, mas ao contrário, fora enaltecida, e mais uma vez a placa se rompeu e a autora sofreu com infecções, conforme depoimento pessoal da requerente (fl. 578):

(...)

Se a nova placa utilizada pela autora também se rompeu e se a autora apresenta infecções

reiteradamente fica claro que tais fatos decorrem de uma fatalidade, de circunstâncias inerentes aos procedimentos médicos, mas não são consequência direta da intervenção feita pelo cirurgião dentista do Hospital Militar de Curitiba.

Irrefutável, portanto, a ausência de nexo de causalidade entre os procedimentos adotados pelo profissional e os danos de que sofre a autora, o que afasta o dever da ré de indenizá-los.

(...)” Destaquei

Destaco que a responsabilidade civil é objetiva no presente processo e, consoante comprova o laudo pericial, a causa dos danos é o tumor desenvolvido pelo organismo da autora.

Todavia, não obstante ser objetiva a responsabilidade, como já ressaltai, entendendo que as amplas provas produzidas durante a instrução são conclusivas no sentido de comprovar a ausência de nexo causal entre os atos do preposto da União e os danos sofridos pela autora, ora apelante (e-STJ fls. 886-891).

É nítido, portanto, que a convicção formada pelo tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ.

Nessa direção, observe-se:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. CONDUTA MÉDICA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há omissão, contradição, obscuridade ou erro material a ser sanado no acórdão embargado, o qual se encontra suficientemente fundamentado e em consonância com a jurisprudência desta Corte.

2. O Tribunal de origem, ao consignar que não houve negligência por parte da equipe médica, a qual adotou os procedimentos cabíveis para evitar a lesão do nervo ciático, ocorrida durante a cirurgia, afastou a culpa do médico e, conseqüentemente, o erro médico a ensejar a obrigação de indenizar.

3. Rever o entendimento do Tribunal a quo, quanto à ocorrência de culpa de médico, demanda a análise do contexto fático-probatório dos autos, inviável em recurso especial, dado o óbice do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp 1247550/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 09.09.2011);

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. OCORRÊNCIA DO DANO, NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA, NEXO DE CAUSALIDADE E ERRO MÉDICO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE TODO O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. INDENIZAÇÃO POR MORTE POR ACIDENTE DO TRABALHO. DUZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, 20% DA CONDENAÇÃO.

RAZOABILIDADE. MODERAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. As questões relativas à ocorrência do dano, atuação com negligência e imprudência, nexo de causalidade e existência de erro médico implicam no revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, inadmissível nesta instância recursal. Súmula 7 do STJ. Precedentes.
2. Os valores da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios, não tendo sido fixados de forma irrisória ou exagerada, mas com razoabilidade e moderação, não comportam modificação pelo Superior Tribunal de Justiça.
3. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 785.296/GO, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 20/11/2006).

Ressalte-se que o STJ se posiciona no sentido de que:

A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva. (REsp 1.104.665/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 04/08/2009).

Também é assente que, embora seja objetiva a responsabilidade do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico, a do médico é subjetiva, necessitando de ser demonstrada pelo lesado; logo, uma vez afastada, no caso, a culpa do médico pela Corte de origem, não subsiste a obrigação de indenizar pelo hospital.

Nesse sentido:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.
2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.
3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.

4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.
5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação e meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.
6. Admite-se a denunciação da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.
7. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1216424/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, Dje 19/08/2011).

Por fim, saliento que as alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Magna.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e nego-lhe provimento.

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA STJ (IV)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.424 – MT (2010/0182549-7)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA LTDA

RECORRIDO: ODILON RAIMUNDO DOS SANTOS

ADVOGADO: BRUNA ERGANG DA SILVA E OUTRO(S)

EMENTA

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.
2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.
3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.
4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.
5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a

responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.

6. Admite-se a denunciação da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, e os votos dos Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2011(Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se e recurso especial interposto por HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA LTDA., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso – TJ/MT.

Ação: de reparação de danos materiais e compensação de danos morais ajuizada por ODILON RAIMUNDO DOS SANTOS, em face de Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda.; na qual alega que, após se submeter à cirurgia no ombro direito, a fim de corrigir um simples problema de musculatura, passou a sentir fortes dores e ficou incapacitado de movimentar o braço direito. Aduz que, embora tenha relatado os sintomas ao médico, Dr. Reinaldo Turra Ávila, não foi dada, por negligência ou imperícia, a devida atenção ao seu estado clínico, visto que, passados mais de oito meses da cirurgia, continua com fortes dores físicas e impossibilitado de movimentar o membro superior.

Contestação: O réu arguiu preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, aduzindo que o serviço defeituoso, o qual resultou em danos à saúde do autor, é de responsabilidade exclusiva do médico que determinou a internação, que não é empregado nem preposto da ré, mas simples usuário externo das instalações do hospital. Por isso, requereu a denúncia à lide em face de Reinaldo Turra Ávila.

Decisão interlocutória: O Juízo de 1º grau indeferiu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e o pedido de denúncia à lide em face de Reinaldo Turra Ávila, médico do autor, haja vista a demanda estar fundada na responsabilidade objetiva do fornecedor pelos defeitos relativos à prestação de serviço (e-STJ fls. 29/30).

Acórdão: interposto agravo de instrumento pelo Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda., o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso negou provimento ao recurso (e-STJ fls. 190/196), conforme a seguinte ementa:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – HOSPITAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – DENÚNCIAÇÃO DA LIDE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ARTIGO 70, III, DO CPC – PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL – RECURSO DESPROVIDO.

O hospital que disponibiliza seus serviços ao paciente tem responsabilidade objetiva por danos resultantes de suposto erro médico ali ocorrido.

Na hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelos defeitos na prestação do serviço, inviabilizada a denúncia da lide, para evitar-se o atraso na prestação da tutela jurisdicional.

Embargos de declaração: opostos embargos de declaração (e-STJ fls. 217/225), foram rejeitados (e-STJ fls. 228/232).

Recurso especial: o Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda interpôs recurso especial, alegando, em síntese, violação do art. 14 do CDC, pois: a) inexistente responsabilidade do Hospital, já que os danos narrados decorrem da atividade do médico, que não é preposto ou funcionário do Hospital, mas profissional liberal que utiliza as dependências do estabelecimento para internação, não havendo qualquer vínculo entre os danos descritos e o estabelecimento recorrente, razão pela qual manifesta sua ilegitimidade; b) não houve qualquer defeito nos serviços prestados pelo Hospital, que se resumiam a serviços de hospedagem, que incluem, alojamento, alimentação, medicamentos, instalações, instrumentos e pessoal de enfermagem; c) inexistente relação jurídica de direito material entre o consumidor e o recorrente, que apenas cedeu suas dependências para a realização de ato cirúrgico por profis-

sional contratado pelo recorrido; d) não cabe a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva na presente hipótese, porque se faz necessária a verificação da culpa do médico, o qual tem uma obrigação de meio, e não de resultado. Aduz, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

Juízo de admissibilidade: O Tribunal de origem admitiu o recurso especial, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional (e-STJ fls. 260/262), remetendo os autos a esta Corte Superior.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.216.424 - MT (2010/0182549-7)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA LTDA

RECORRIDO: ODILON RAIMUNDO DOS SANTOS ADVOGADO: BRUNA ERGANG DA SILVA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

I) Da delimitação da controvérsia

Cuida-se de ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais ajuizada em face do Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda. por consumidor que contratou cirurgião particular para realização de procedimento no ombro direito. Após a cirurgia, o recorrido ficou impossibilitado de movimentar o braço, passando a sentir fortes dores, razão pela qual alega ter ocorrido imperícia e negligência do médico, não só no ato cirúrgico, mas também no pós-operatório.

O hospital, por sua vez, arguiu sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, porque o cirurgião não é empregado do estabelecimento e os danos alegados não se originam dos serviços prestados pelo hospital.

Afastada pelas instâncias ordinárias a preliminar suscitada, cinge-se a presente controvérsia a saber se o hospital pode vir a responder pelo erro médico cometido por profissional que não possui qualquer vínculo com o nosocômio, mas utiliza as dependências do estabelecimento para a realização de cirurgia e internação de pacientes.

Justiça

II) Da jurisprudência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça

Primeiramente, cumpre ressaltar que, por ocasião do julgamento do REsp 908.359/SC, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afastou a responsabilidade objetiva dos hospitais pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação, conforme a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. (REsp 908359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008)

Com efeito, naquela oportunidade, foi analisado o tipo de responsabilidade que recaía sobre a prestação de serviços médicos, se subjetiva ou objetiva, prevalecendo o entendimento que os hospitais não poderiam responder

objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital.

Contudo, ainda é necessário averiguar se, uma vez comprovada a culpa do médico e, portanto, sua responsabilidade subjetiva, se o Hospital responde solidariamente pelo defeito no serviço prestado por profissional sem vínculo de subordinação.

III) Da solidariedade do estabelecimento hospitalar

O Código de Defesa do Consumidor introduziu, no tocante à prestação de serviços, uma obrigação de solidariedade entre todos os participantes da cadeia de fornecimento, sem exceção, ao indicar, no *caput* do art. 14, a expressão genérica “fornecedor de serviços”.

A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza, na sociedade atual, por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, com vários atores para a realização adequada de um mesmo objetivo: o serviço contratado pelo consumidor, o qual, muitas vezes, sequer visualiza a conexidade e complexidade dessas relações.

Claudia Lima Marques explica a extensão do fenômeno econômico da cadeia de fornecimento:

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. O consumidor, muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, não tem sequer consciência – no caso dos serviços, principalmente – de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de “fornecimento” e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços. (MARQUES, Claudia Lima. **Contrato no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 402)

E prossegue:

O segundo reflexo desta visualização da cadeia de fornecimento de serviços e produtos é a conexidade resultante dos vínculos contratuais, tantos os que formam a cadeia de pessoas jurídicas diferentes e independentes, mas unidas por uma finalidade de “fornecimento” (o que se denomina

geralmente de “redes de contratos”), quanto do grupo eventual dos consumidores, unidos por uma finalidade “solidária” de consumo, por exemplo, em matéria de consórcios, seguros, planos de saúde e previdência privada (o que se denomina geralmente “contratos conexos”), assim como a conexão dos próprios contratos que unem os fornecedores e consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente de “grupo de contratos conexos”), assim como a conexão dos próprios contratos que unem os fornecedores e os consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente “de grupo de contratos”), contratos normalmente também múltiplos ou pelo menos triangulares (por exemplo, contrato de banco múltiplo, contrato de compra e venda com financiamento, de *time-sharing*, de pacote turístico etc.).

Larroumet alerta para a necessidade de se obter hoje uma visão de “conjunto contratual”, da pluralidade de vínculos e contratos em uma só relação, levando à extensão da responsabilidade e dos efeitos dos contratos. Este fenômeno da conexão dos contratos tem a ver com a finalidade e com o objeto da relação de consumo, é uma visão real da multiplicidade e complexidade das atuais relações envolvendo consumidores e fornecedores. (Idem, p. 407)

Nesse passo, verifica-se que, embora o § 4º do art. 14 do CDC afaste a responsabilidade objetiva para os profissionais liberais não exclui, se configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, e uma vez comprovada a culpa desse profissional, a solidariedade imposta pelo caput do art. 14 do CDC.

Dessa forma, quando houver uma cadeia de fornecimento para a realização de determinado serviço, ainda que o dano decorra da atuação de um profissional liberal, verificada culpa deste, nasce a responsabilidade solidária do grupo, ou melhor, daqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço.

Ao comentar a exceção do § 4º do art. 14 do CDC, Cláudia Lima Marques argumenta que:

A única exceção do sistema do CDC de responsabilidade objetiva é o §4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo da culpa. Relembre-se que esse artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 e ss. do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa. Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuem em grupo, talvez até com pessoas que não

sejam profissionais liberais. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 288/289)

A hipótese dos autos trata de uma cirurgia complexa, que obviamente não pode ser realizada em um consultório particular, razão pela qual concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal.

Com efeito, para cirurgias realizadas em hospital, é necessário não somente o local e equipamentos fornecidos, mas também uma equipe técnica preparada para auxiliar o cirurgião, o que somente pode ser viabilizado pelo estabelecimento hospitalar. Ou seja, o serviço não poderia ser realizado sem a participação do hospital que, por sua vez, participa dos lucros auferidos com o procedimento.

O esforço conjunto para a realização do serviço contratado fica ainda mais evidente quando o paciente/consumidor não contrata diretamente com o hospital os serviços por ele prestados, anuindo apenas com as escolhas do cirurgião.

Dessa forma, é possível vislumbrar, na hipótese em análise, uma cadeia de fornecimento de serviço, nos termos do art. 14, *caput*, c/c § 4º do mesmo artigo do CDC, não a fim de atribuir responsabilidade objetiva ao hospital, independentemente do reconhecimento da culpa do médico, mas para reconhecer a responsabilidade solidária do hospital na culpa de médico, por ele credenciado.

Esta Corte Superior, analisando hipótese de prestação de assistência médica por meio de profissionais indicados, reconheceu a existência de uma cadeia de fornecimento entre o plano de saúde e o médico credenciado, afastando qualquer exceção ao sistema de solidariedade, consoante os seguintes precedentes:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido.

(REsp 138059/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 11/06/2001, p. 197)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. CDC, ARTS. 3º E 14.

I. A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em

face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado.

II. Recurso especial não conhecido.

(REsp 309760/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2001, DJ 18/03/2002, p. 257)

Do mesmo modo, verificando-se a existência de uma rede de fornecedores para viabilizar o procedimento médico, numa verdadeira cadeia de serviços, deve-se reconhecer a responsabilidade solidária do hospital.

Por fim, cumpre destacar que essa interpretação se coaduna com os objetivos do Código de Defesa do Consumidor, garantindo a maior probabilidade da vítima ter acesso à justa reparação.

IV) Da relação entre o médico autônomo e o hospital

Para que os médicos possam utilizar as instalações de qualquer estabelecimento hospitalar, ainda que para a realização apenas de procedimentos particulares e internação, é sabido que os hospitais exigem a autorização da administração ou do conselho, o que pode incluir avaliação do currículo do médico e apresentação de indicações desse profissional.

Esse “processo de credenciamento” está regulado na Res. 1.124/83 do Conselho Federal de Medicina, que determina que cada estabelecimento de saúde tenha um regimento interno, aprovado pelo conselho regional de medicina da respectiva jurisdição, que estruture o corpo clínico e determine a forma de admissão e exclusão de seus membros. Embora cada hospital estabeleça os requisitos que serão exigidos para a admissão em seu estabelecimento, os conselhos regionais de medicina orientam a formulação do regimento interno do corpo clínico por meio de resoluções próprias sobre o assunto (exemplos: Res. 04/2004 CRM-RS e Res. 18/1986 CRM-PR).

Dessa forma, ainda que o processo de admissão no corpo clínico, que permite que médicos utilizem as dependências dos hospitais e internem seus pacientes, não constitua vínculo empregatício do hospital com o profissional de saúde, visa, justamente, destacar os profissionais que considera habilitados para exercer a medicina na sua sede.

Observa-se, pois, que o hospital atua ativamente na escolha dos profissionais que exercem suas atividades dentro do seu estabelecimento, especialmente na hipótese em análise, haja vista que, segundo o próprio recorrente, o hospital não possui um corpo clínico próprio, sendo que todos os médicos que lá atuam são profissionais liberais que não possuem vínculo empregatício com a instituição (e-STJ fls. 249).

Nessas circunstâncias, portanto, há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar em suas dependências,

motivo pelo qual não é jurídico analisarmos o serviço desenvolvido pelo estabelecimento de saúde como sendo totalmente independente dos procedimentos realizados pelos médicos.

Ressalta-se, ainda, apenas a título de reforço, que os profissionais liberais que atuam nos hospitais, como os médicos contratados, estão obrigados a seguir as normas técnicas do estabelecimento e, em relação a esse ponto, podem ser submetidos à fiscalização (exemplo: se a equipe particular utiliza ou não os procedimentos de higiene estabelecidos e disponibilizados pelo hospital, a fim de evitar surtos de infecção hospitalar).

Por fim, a alegada falta de vínculo de subordinação contratual com o estabelecimento hospitalar, por si só, não se apresenta como argumento hábil para afastar a responsabilidade solidária do hospital, uma vez comprovado o erro médico.

V) Da natureza da obrigação dos serviços médicos

Outro fundamento comumente utilizado para afastar a responsabilidade do hospital, quando o defeito do serviço decorre da atuação técnica de médico que não possui vínculo empregatício com o estabelecimento de saúde, é a natureza da obrigação das atividades desenvolvidas pelos médicos.

O serviço médico é considerado, em geral, uma obrigação de meio, segundo a qual os profissionais de saúde se comprometem a utilizar a melhor técnica disponível e a diligência necessária para alcançar a cura do paciente (salvo nos casos de cirurgia estética), que, ainda assim, muitas vezes, não é possível. Por isso, em caso de danos, é necessário comprovar a culpa do médico.

Contudo, reconhecer a responsabilidade solidária do hospital na culpa do médico não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado por parte do hospital, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumido.

VI) Do direito de regresso do hospital

É assegurado o direito de regresso do fornecedor solidariamente responsável em relação àquele que deu causa ao dano, na hipótese, o médico, que, segundo o recorrido, teria agido com negligência e imperícia.

Ademais, no que se refere à denunciação da lide, esta Corte já firmou entendimento de que, nas relações de consumo, esse tipo de intervenção de terceiros é vedado apenas na responsabilidade pelo fato do produto (art. 13 do CDC), admitindo-a nos casos de defeito no serviço (art. 14 do CDC), desde que sejam

preenchidos os requisitos do artigo 70 do Código de Processo Civil. Nesse sentido os seguintes precedentes: REsp 1.123.195/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 16/12/2010, DJ 03/02/2011; REsp 1.024.791/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 05/02/2009, DJ 09/03/2009; REsp 439.233/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007; REsp 741.898/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2005, DJ 20/11/2006.

Ante o exposto, na hipótese, deve-se reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* do hospital, haja vista a possibilidade de ser responsabilizado solidariamente pelo defeito no serviço prestado, caso seja comprovada a culpa do médico. Contudo, a fim de assegurar o resultado prático da presente demanda e evitar decisões contraditórias, impõe-se o deferimento do pedido de denunciação da lide em relação ao médico do recorrido.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de determinar a remessa dos presentes autos às instâncias ordinárias para que se proceda a citação do denunciado.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Pedi vista dos autos em razão de dúvidas quanto ao alcance da decisão da Segunda Seção acerca da matéria, bem como quanto ao cabimento, no caso, da denunciação da lide.

Noticiam os autos que ODILON RAIMUNDO DOS SANTOS ajuizou ação contra HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA, objetivando a condenação do réu à indenização por danos morais e materiais em decorrência de alegado insucesso da cirurgia realizada no seu ombro direito (e-STJ fls. 34-40).

Em sua contestação (e-STJ fls. 67-103), o réu arguiu, inicialmente, sua ilegitimidade passiva para responder aos termos da ação. Alternativamente, requereu a denunciação da lide ao médico que realizou a cirurgia. Teceu, ainda, considerações acerca do mérito da demanda.

O juízo de primeiro grau proferiu decisão interlocutória, na qual rejeitou a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva, ao fundamento de que necessária, “para o esclarecimento da controvérsia, profunda incursão no mérito da demanda, o que incompatível com os estreitos limites das condições da ação” (e-STJ fl. 29). Indeferiu, ainda, o pedido de denunciação da lide, já que a demanda é fundada em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Referida decisão ensejou a interposição do agravo de instrumento, que deu origem física aos presentes autos.

A Sexta Câmara Cível do eg Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso, em aresto assim ementado:

“RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – HOSPITAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA - DENUNCIÇÃO DA LIDE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ARTIGO 70, III DO CPC - PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL - RECURSO DESPROVIDO.

O hospital que disponibiliza seus serviços ao paciente tem responsabilidade objetiva por danos resultantes de suposto erro médico ali ocorrido. Na hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelos defeitos na prestação do serviço, inviabilizada a denúncia da lide, para evitar-se o atraso na prestação da tutela jurisdicional” (e-STJ fl. 190).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 228-232). No especial (e-STJ fls. 243-253), amparado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, alega-se, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, aos seguintes argumentos: (a) ilegitimidade passiva do hospital ante (a.1) a alegação de que a internação decorreu de pedido do médico; (a.2) a inexistência de vínculo de preposição com o profissional que realizara a cirurgia; (a.3) a peculiaridade de o hospital funcionar somente como uma espécie de hotel, no qual são disponibilizados “serviços de hospedagem (alojamento, alimentação, medicamentos, instalações, instrumentos e pessoal de enfermagem)” (e-STJ fl. 249); (a.4) a escolha do médico pelo paciente, baseada na relação de confiança; (b) a necessidade de denúncia da lide ao médico que realizara o procedimento cirúrgico, porquanto, “se provada a culpa e erro médico, deverá o responsável pelo ato cirúrgico ressarcir eventuais prejuízos” (e-STJ fl. 252) do recorrente.

Decorrido sem manifestação o prazo para as contrarrazões (e-STJ fl. 259), e admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 260-262), subiram os autos a esta colenda Corte.

Levado o feito a julgamento pela egrégia Terceira Turma, em 28.6.2011, após a prolação do voto da ilustre relatora, Ministra Nancy Andrighi, que conferiu parcial provimento ao recurso especial, pedi vista dos autos e ora apresento meu voto na terceira sessão de julgamento subsequente.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia a perquirir se o hospital, que alega não ser o profissional que realizou a cirurgia seu preposto, é legítimo para integrar o polo passivo de ação de indenização fundada em erro médico.

Trata-se de saber, além disso, se é cabível a denúncia da lide ao médico a quem é atribuída a conduta culposa.

Vale registrar, de início, que o precedente da Segunda Seção (REsp 908.359/SC), mencionado nas razões do especial, não favorece o recorrente, porquanto amparado aquele julgamento em base fática diversa.

Com efeito, naquele paradigma ficara assentada a tese de que, nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, que atua sem nenhum vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir ao hospital o dever de indenizar.

Ocorre que, na hipótese daqueles autos, restara consignado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, que não havia nenhum vínculo empregatício ou de preposição com o hospital.

No caso em exame, diferentemente, o juízo de primeiro grau, à vista da contestação, proferiu decisão interlocutória, na qual rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que a aferição das circunstâncias da conduta do médico - se atuou na condição de simples usuário externo das instalações fornecidas pela parte ré ou se atuou da condição de preposto - seria incompatível com aquele momento processual, porque exigiria profunda incursão no mérito da demanda, somente viável por ocasião do juízo de cognição exauriente (e-STJ fl. 29).

Trata-se de motivo suficiente, por si só, para afastar a pretensão do réu/recorrente, veiculada em suas razões do especial, de se ver excluído prematuramente da lide, já que, como visto, sequer foram delimitadas as premissas fáticas pelas instâncias ordinárias.

Não é por outro motivo que se recomenda o deferimento do pleito de denúncia da lide ao médico ao qual imputada a conduta negligente, porquanto a denúncia é admitida pela jurisprudência desta Corte nas hipóteses em que a escolha do profissional tenha partido do paciente, com base em relação de confiança, mas não na hipótese em que não houve escolha pessoal do médico, apenas do hospital.

É o que se depreende dos seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. CIRURGIA. ERRO MÉDICO. ANESTESIA. DENÚNCIAÇÃO À LIDE DO PROFISSIONAL E DE SOCIEDADE QUE O REPRESENTA NA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS. DESCABIMENTO, NA HIPÓTESE. CPC, ART. 70, III. EXEGESE.

A denúncia à lide prevista no art. 70, III, do CPC, depende das circunstâncias concretas do caso.

Na espécie dos autos, não se acha configurado que houve escolha pessoal do autor menor ou de seus responsáveis na contratação dos médicos que o operaram, os quais integravam a equipe que atuava no hospital conveniado ou credenciado por Plano de Saúde, onde se internara aquele para tratamento de doença respiratória, sofrendo paralisia cerebral

irreversível durante a cirurgia, **devendo, portanto, prosseguir a ação exclusivamente contra o nosocômio indicado como réu pela vítima, ressalvado o direito de regresso em ação própria.**

Recurso especial não conhecido”.

(REsp 445.845/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 09/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 367).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATAÇÃO DO HOSPITAL EM VISTA DE SUA ESPECIALIDADE. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE AO MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 07/STJ. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO EM VALOR RAZOÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Conforme consignado no aresto recorrido, o hospital foi procurado pelo paciente em vista de sua especialidade - ortopedia. Em hipóteses desse jaez, na qual o profissional de saúde não interfere na escolha do nosocômio, não há possibilidade de se instaurar lide secundária. Precedentes.

(...)

5. Recurso especial não conhecido “.

(REsp 883685/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 16/03/2009).

Nesse contexto, nem mesmo a discussão instaurada pela corte de origem, acerca da configuração ou não da responsabilidade objetiva do hospital que se limita a disponibilizar “seus serviços, instalações, equipamentos e equipe médica ao paciente” (e-STJ fl. 193), tinha espaço no presente caso, no qual, repita-se, referida premissa fática não foi delimitada.

Assim, em vista da ausência de contornos fáticos delimitados pelas instâncias de origem, não cabe discutir, neste momento, se eventual responsabilidade do hospital é solidária. Tal controvérsia somente teria lugar caso superada a preliminar suscitada pelo réu/recorrente em sua contestação.

De todo modo, o precedente da Segunda Seção (REsp 908.359/SC) assentou não haver responsabilidade objetiva - nem, tampouco, solidária - do hospital quando inexistente vínculo de preposição com o profissional da área médica.

É o que se vê do voto condutor, de lavra do Ministro João Otávio Noronha, redator para o acórdão:

“Também o fato de receber remuneração pela locação de espaço físico não faz do hospital solidariamente responsável por danos causados por imperícia médica. O lucro é necessário, sob pena de inviabilizar a atividade (até mesmo em razão da nossa organização social), mas ele não é um fim em si mesmo” (fl. 6, sublinhou-se).

É o que também se lê no voto vencedor do Ministro Fernando Gonçalves, que acentua tratar-se de responsabilidade individual:

“Se o médico atuar no respectivo hospital mediante vínculo empregatício, será empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar. Se com ela mantiver contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e, nas duas hipóteses, aquela sociedade responderá pelos atos culposos daquele profissional. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direto do dano.

Mas se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômico por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual. Desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo exclusivo do profissional que o pensou, atuando como prestador de serviços autônomo, apenas este poderá ser responsabilizado” (fl. 2, sublinhou-se).

Do mesmo modo, o Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhando a maioria, não reconheceu nem responsabilidade objetiva nem subjetiva:

“Entendo que ela não é objetiva, tem que ser provada especificamente a responsabilidade do hospital em relação a algum ato vinculado ao nosocômio (...).

Na verdade, parece-me que a parte autora procura atribuir a responsabilidade ao hospital, genericamente, por ter sido feita a cirurgia dentro do hospital. Então, nessa situação, não reconheço essa responsabilidade, nem subjetiva.” (fls. 1-2).

Veja-se, por fim, o voto de desempate, proferido pelo Ministro Ari Pargendler:

Diz a ementa do acórdão:

“Responde solidariamente pelos erros médicos ocorridos em suas dependências a entidade hospitalar que fornece sala, equipamentos, pessoal e paramédicos estranhos aos seus quadros, diante da incontestável retribuição financeira existente.

(...)

Entendo que essa responsabilidade do hospital poderia ocorrer pelo erro de seus prepostos. Incontroverso que o médico era estranho aos quadros do hospital, estou me inclinando pela posição manifestada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha e os que o acompanharam “ (fl. 1).

De outra parte, cumpre observar que a aferição da responsabilidade do hospital pelo cadastramento ou credenciamento de médicos aptos a utilizar suas instalações dependeria da comprovação de culpa *in eligendo*, a ser verificada em cada caso concreto. Isto é, ainda que comprovado o erro do médico, não pode o hospital ser responsabilizado incondicional e automaticamente pelo credenciamento do profissional se não houver evidência de que agiu com culpa nesse procedimento, ou, em outras palavras, que violou de algum modo o dever de cuidado imposto pelas normas editadas pelos conselhos de medicina para o credenciamento de médicos em nosocômios. Ao não ficar caracterizada a desobediência de tais normas ou a incúria com os critérios nelas erigidos, não há como responsabilizar o hospital pelo simples cadastramento de médico.

Mesmo o reconhecimento da responsabilidade solidária no âmbito do Direito do Consumidor deve ser visto à luz do que dispõe o art. 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, que elenca as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, quais sejam: prova da inexistência de defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, pressupondo a existência de nexo de causalidade.

Tais circunstâncias, contudo, conforme inicialmente referido, deverão ser aferidas por ocasião do julgamento do mérito, após a produção de provas.

Daí porque, com mais razão, impõe-se a permanência do hospital no polo passivo da lide, ao menos até a conclusão da fase de instrução probatória, como, inclusive, fora decidido pelo douto magistrado de primeiro grau.

Pelo mesmo motivo, porém, tenho por imprescindível o deferimento do pedido de denúncia da lide ao médico, fazendo-se, nesse ponto específico, merecedora de reparos aquela decisão primeva.

Acompanho, portanto, o voto da eminente relatora, para dar parcial provimento ao recurso especial, com a ressalva de meu entendimento quanto à fundamentação.

É o voto.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Nº CNJ: 0016783-54.2007.4.02.5101

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL POUL ERIK DYRLUND

APELANTE: CLAUDIO HENRIQUE PEREZ E OUTROS

ADVOGADO: ANTONIO AUGUSTO DE SOUZA MALLET E OUTROS

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: OS MESMOS

REMETENTE: JUIZO FEDERAL DA 10A VARA-RJ

ORIGEM: DÉCIMA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

(200751010167837)

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA (relatora):
Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL, com base no artigo 535, inciso II, do CPC, em face de acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONTAMINAÇÃO POR COMPOSTO QUÍMICO. RESÍDUOS DESCARTADOS POR FÁBRICA PERTENCENTE À UNIÃO. CIDADE DOS MENINOS. DANO MORAL. TRATAMENTO MÉDICO. TRANSFERÊNCIA DE MORADIA. CABIMENTO. RECURSOS E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS.

- Cinge-se a controvérsia à responsabilidade da União pelos danos causados à saúde dos autores, que apresentam níveis elevados de substâncias tóxicas na corrente sanguínea, ocasionados pela contaminação do solo por composto químico deixado por fábrica de pesticidas pertencente ao Ministério da Saúde.

- O artigo 37, §6º, da Constituição Federal adotou a Responsabilidade Objetiva, na modalidade do Risco Administrativo, quanto aos danos causados pelas pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Para que exista obrigação de indenizar, basta que se configure o dano, o nexo de causalidade, com a atuação ou a omissão do Estado.

- *In casu*, a União reconheceu o dano causado pela desativação do Instituto de Malária sem as devidas precauções, uma vez que realizou acordos e

convênios com outras entidades públicas para descontaminação do local e para gerenciamento da saúde dos residentes na Cidade dos Meninos.

- Resta evidenciado onexo causal, na medida em que os autores comprovam que residem na área em que a substância química foi descartada pelo Instituto de Malariologia, pertencente ao Ministério da Saúde, mormente porque existe nos autos comprovação da contaminação, atestada por exames de sangue realizados pela Fundação Oswaldo Cruz.

- Quanto à apelante Ana Lúcia Monteiro Militão não existem provas da contaminação nos níveis exigidos pela legislação, a ensejar indenização por danos morais.

- No tocante ao dano moral, o *quantum* fixado em R\$ 81.600,00 (oitenta e um mil e seiscentos reais) para cada autor, pelo Juízo a quo, merece ser mantido, ante a peculiaridade, a gravidade, os riscos e a angústia a que os autores estão expostos, sendo obrigados a conviver com uma incerteza em relação a sua própria finitude, a qual é agravada, na espécie, por fatores alheios à sua vontade. Salienta-se que essas pessoas, lamentavelmente, estão com tal expectativa de finitude atualmente mais agravada do que qualquer outro ser humano que não tenha sido submetido à referida contaminação.

- Com relação ao custeio do tratamento, não se mostra razoável deixar que as pessoas contaminadas fiquem dependentes dos serviços prestados pelo SUS. No ponto, cumpre ressaltar o dever do Estado na prestação de tratamento médico eficaz e gratuito, sobretudo no caso em tela, no qual o dano foi causado em virtude de uma atitude do próprio Estado, o que gera a sua responsabilidade quanto ao acompanhamento da saúde dos autores atingidos.

- Quanto ao valor a ser fixado para a mudança de residência, deve ser fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor, tendo em vista os valores médios dos imóveis no município de Duque de Caxias, RJ, e o princípio da razoabilidade.

- Em relação aos juros de mora, devem ser fixados a partir da citação, com base na caderneta de poupança, aplicando-se a regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97.

- Ausência de condenação em honorários ante a sucumbência recíproca.

- Recursos e remessa necessária parcialmente providos para excluir da condenação a litisconsorte ativa Ana Lúcia Monteiro Militão, fixando os juros de mora, a partir da citação, com base na caderneta de poupança, aplicando-se a regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, mantendo, nos demais aspectos, a sentença.

Alega a parte embargante, em síntese, a existência de omissão, aduzindo que o acórdão não se pronunciou acerca do art. 4º da LICC, *“segundo o qual o juiz deve atentar aos princípios gerais do direito para a quantificação da indenização pertinente, vedando o enriquecimento ilícito”*.

A parte embargada apresentou contrarrazões de fls. 950/952.

É o relatório.

VOTO

A Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA (relatora):
Tenho que os presentes embargos declaratórios não merecem provimento.

Os embargos de declaração possuem o seu alcance precisamente definido no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, sendo necessária, para seu acolhimento, a presença dos vícios ali presentes, quais sejam: omissão, contradição e/ou obscuridade ou, ainda, para sanar erro material.

No caso, constata-se que todos os fundamentos que se apresentaram nucleares para decisão da causa foram devidamente apreciados, inexistindo omissões capazes de comprometer a integridade do julgado.

Frise-se que, mesmo quando opostos com a finalidade de pré-questionamento, afigura-se necessária a inequívoca ocorrência dos vícios enumerados no art. 535 do CPC, para conhecimento dos embargos de declaração.

Esse, aliás, é o entendimento pacífico do colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando presente, ao menos, uma das hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil.
2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os embargos de declaração, ainda que opostos com o objetivo de pré-questionamento visando à interposição do apelo extraordinário, não podem ser acolhidos quando inexistente omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida.
3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos.
(STJ, EDcl no AgRg no REsp 1243169 / RS, Rel. Des. Cov. HAROLDO RODRIGUES, DJe 05/09/2011).

De tal sorte, conclui-se que, na hipótese, incorrem os mencionados vícios, valendo ressaltar que, na realidade, ao alegar a existência de omissão, pretende a parte embargante, inconformada, o reexame em substância da matéria já julgada, o que é incompatível com a via estreita do presente recurso.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. RE-DISSCUSSÃO DE QUESTÕES JÁ RESOLVIDAS NA DECISÃO EMBARGADA. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas não configuram as hipóteses de cabimento do recurso - omissão, contradição ou obscuridade -, delineadas no art. 535 do CPC. A

rediscussão, via embargos de declaração, de questões de mérito já resolvidas configura pedido de alteração do resultado do decisum, traduzindo mero inconformismo com o teor da decisão embargada. Nesses casos, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que os embargos não merecem prosperar.

(...)

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 1340608/SC, rel. ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011)

Relativamente aos pedidos de manifestação expressa sobre os argumentos apresentados pela parte embargante, verifica-se que o magistrado não está obrigado a refutar um a um, bastando decidir a causa com a observância das questões relevantes e imprescindíveis à solução do conflito. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, relatora ministra Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, relator ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007.

“A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte” (STJ-AgRg no Ag 1300354/RJ, rel. ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 22/02/2011).

Com efeito, o julgado foi claro ao decidir que, *“O artigo 37, §6º, da Constituição Federal adotou a Responsabilidade Objetiva, na modalidade do Risco Administrativo, quanto aos danos causados pelas pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Para que exista obrigação de indenizar, basta que se configure o dano, o nexo de causalidade, com a atuação ou a omissão do Estado. In casu, a União reconheceu o dano causado pela desativação do Instituto de Malária sem as devidas precauções, uma vez que realizou acordos e convênios com outras entidades públicas para descontaminação do local e para gerenciamento da saúde dos residentes na Cidade dos Meninos. Resta evidenciado o nexo causal, na medida em que os autores comprovam que residem na área em que a substância química foi descartada pelo Instituto de Malariologia, pertencente ao Ministério da Saúde, mormente porque existe nos autos comprovação da contaminação, atestada por exames de sangue realizados pela Fundação Oswaldo Cruz. No tocante ao dano moral, o quantum fixado em R\$ 81.600,00 (oitenta e um mil e seiscentos reais) para cada autor, pelo Juízo a quo, merece ser mantido, ante a peculiaridade, a gravidade, os riscos e a angústia a que os autores estão expostos, sendo obrigados a conviver com uma incerteza em relação a sua própria finitude, a qual é agravada, na espécie, por fatores alheios à sua vontade. Salienta-se que essas pessoas, lamentavelmente, estão com tal expectativa de finitude atualmente mais agravada do que qualquer outro ser*

humano que não tenha sido submetido à referida contaminação. Com relação ao custeio do tratamento, não se mostra razoável deixar que as pessoas contaminadas fiquem dependentes dos serviços prestados pelo SUS. No ponto, cumpre ressaltar o dever do Estado na prestação de tratamento médico eficaz e gratuito, sobretudo no caso em tela, no qual o dano foi causado em virtude de uma atitude do próprio Estado, o que gera a sua responsabilidade quanto ao acompanhamento da saúde dos autores atingidos. Quanto ao valor a ser fixado para a mudança de residência, deve ser fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor, tendo em vista os valores médios dos imóveis no município de Duque de Caxias, RJ, e o princípio da razoabilidade”.

Por tais fundamentos, ante a ausência dos vícios do artigo 535 da Lei Adjetiva Civil, REJEITO os embargos declaratórios.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES ELENCADAS NOS INCISOS I E II, DO ARTIGO 535, DO CPC E/OU ERRO MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONTAMINAÇÃO POR COMPOSTO QUÍMICO. RESÍDUOS DESCARTADOS POR FÁBRICA PERTENCENTE À UNIÃO. CIDADE DOS MENINOS. DANO MORAL. TRATAMENTO MÉDICO. TRANSFERÊNCIA DE MORADIA. CABIMENTO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

-Os embargos de declaração possuem o seu alcance precisamente definido no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, sendo necessária, para seu acolhimento, a presença dos vícios ali presentes, quais sejam: omissão, contradição e/ou obscuridade ou, ainda, para sanar erro material.

-Todos os fundamentos que se apresentaram nucleares para decisão da causa foram devidamente apreciados, inexistindo omissões capazes de comprometer a integridade do julgado.

-Na hipótese, incorrem os mencionados vícios, valendo ressaltar que, na realidade, ao alegar a existência de omissão, pretende a parte embargante, inconformada, o reexame em substância da matéria já julgada, o que é incompatível com a via estreita do presente recurso.

-O magistrado não está obrigado a rebater um a um, bastando decidir a causa com a observância das questões relevantes e imprescindíveis à solução do conflito. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, relatora ministra

Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, relator ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007.

-Mesmo quando opostos com a finalidade de prequestionamento, afigura-se necessária a inequívoca ocorrência dos vícios enumerados no art. 535 do CPC, para conhecimento dos embargos de declaração.

- Embargos declaratórios rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos declaratórios, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, de de 2011 (data do julgamento)

Desembargadora Federal
VERA LUCIA LIMA
Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

APELREEX Nº 17532- PB (2009.82.02.000314-7)

APELANTE: ANTONIO DE PAIVA GADELHA NETO (incapaz)

REPRESENTANTE: MARCOS ANTONIO DE PAIVA GADELHA

ADVOGADO: JIMMY ABRANTES PEREIRA

APELANTE: UNIÃO

APELADOS: OS MESMOS

ORIGEM: JUÍZO DA 8ª VARA FEDERAL - PB

RELATOR: DES. FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL EXISTÊNCIA. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. CRIANÇA. POLIOMIELITE ADQUIRIDA APÓS VACINAÇÃO. PARALISIA DOS MEMBROS INFERIORES. CONFIGURAÇÃO DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. HONORÁRIOS. REDUÇÃO.

1. O ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade objetiva do Estado, seguindo a teoria do risco administrativo, segundo a qual não se exige a culpa do agente, mas, tão-somente, a demonstração da ocorrência do fato e a consequente lesão ocasionada (nexo causal), conforme o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. Hipótese em que ficou demonstrado, através de perícia médica judicial e documentos acostados aos autos, que o autor, atualmente com 08 (oito) anos de idade, adquiriu paralisia infantil (paraplegia flácida dos membros inferiores) em decorrência de vacina contra a poliomielite, aplicada quando contava com quatro meses de idade, restando, assim, comprovado o dano e o nexo causal entre este e a conduta estatal.

3. Consideradas as circunstâncias do caso concreto, em que o autor, gozando de plena saúde, foi levado por seus pais, aos quatro meses de idade, para receber a vacina contra a pólio oferecida pelo Estado e adquiriu a doença após

a inoculação, ficando paraplégico e sofrendo as privações inerentes a essa condição, mostra-se justa e razoável a manutenção do valor fixado na sentença, a título de danos morais, em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

4. O fato de o Ministério da Saúde haver noticiado, conforme informações colhidas em seu site e outros *sites* de notícias, que, no próximo ano (2012), irá implantar a substituição da vacina Sabin, a atual, produzida a partir do vírus atenuado (mais barata e de administração oral), pela Salk (mais cara e injetável), com vírus inativado e, portanto, mais segura, revela que a aplicação da primeira gera um risco, embora pequeno, de desencadear a pólio vacinal, como ocorreu com o autor, de modo que a União deve arcar com as consequências de sua opção pelo método Sabin.

5. Há que ser, igualmente, a União condenada ao pagamento de danos materiais, levando-se em conta as despesas com tratamento médico e fisioterápico a que o autor terá que se submeter pelo resto da vida, bem assim considerando o fato de residir no interior da Paraíba onde nem sempre contará com o fornecimento de tais serviços, e constatando-se, ainda, a diminuição de sua capacidade laborativa, há que ser mantida a pensão concedida na sentença, devendo, entretanto ter como termo inicial a data da citação e ser majorada para meio salário-mínimo até que complete 14 (catorze) anos de idade e, a partir de então, um salário-mínimo, até completar 65 (sessenta e cinco) anos ou até o seu óbito, o que ocorrer primeiro.

6. Em consonância com o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, mostra-se justa e razoável a fixação dos honorários advocatícios no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

7. Apelação da União, remessa oficial e apelo do particular parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas,

DECIDE a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2011 (data de julgamento).

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Desembargador Federal Relator

RELATÓRIO

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (RELATOR):

Cuida-se de remessa oficial e de apelações interpostas pela União e por Antonio de Paiva Gadelha Neto, menor impúbere, representado pelo seu genitor, contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais e materiais, em razão de paralisia infantil (poliomielite) desenvolvida pelo autor, quando contava com 4 (quatro) meses de vida, após tomar vacina Sabin, em 2004. A título do primeiro foi a ré condenada ao pagamento de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), acrescido de correção monetária a partir da data do arbitramento, 13/12/2010, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso, 06/04/2004, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo ser aplicada a Lei nº 11.960/2009, a contar de sua vigência. A título de danos materiais, determinou o magistrado a *quo* o pagamento de pensão, no valor de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, a partir da data em que o demandante completar 14 (catorze) anos de idade e, a contar dos 25 (vinte e cinco) anos, tal quantia será majorada para (2/3) dois terços do salário-mínimo, até que complete 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou até o seu óbito, o que ocorrer primeiro. Foram fixados honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas vencidas a título de danos morais, mais um ano das vincendas a título de danos materiais, devidamente atualizadas.

Em seu apelo, a União alega, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, bem como a prescrição da pretensão autoral. Quanto ao mérito, argumenta que: a) há necessidade de comprovação de culpa, uma vez que se trata de responsabilidade por suposto ato omissivo, consistente em uma “possível impropriedade material da vacina”, o que não restou provado nos autos; b) os pais do autor foram negligentes, pois somente o levaram para vacinação aos quatro meses, quando o correto seria aos dois meses, conforme indicação do Ministério da Saúde, sendo possível que a criança tenha contraído a poliomielite antes de ter tomado a vacina, de modo que inexistente nexos causal entre a administração da vacina e a doença, que acometeu o autor em razão de caso fortuito ou negligência dos pais; c) os efeitos da vacina podem ser decorrentes, também, de sensibilidade orgânica do autor, configurando-se a hipótese de caso “fortuito interno”; d) os valores das indenizações são exorbitantes, além de haver *bis in idem*, pois a pensão já engloba os danos morais e materiais; e) por fim, requer a redução do montante dos honorários ou a fixação da sucumbência recíproca.

O autor, por sua vez, pugna pela majoração do montante fixado a título de danos morais, requerendo, quanto aos materiais, que o termo a *quo* da pensão seja a data do evento danoso, 15/05/2004, e que seja arbitrado no valor de um salário-mínimo até a perspectiva de vida do brasileiro, aos 65 (sessenta e cinco) anos ou até seu óbito, o que ocorrer primeiro.

Contrarrazões apresentadas por ambas as partes.

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 285/302, opinando pelo não provimento do apelo da União e pelo parcial provimento do recurso do autor, a fim de que os danos morais sejam fixados na quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e que a pensão seja majorada para meio salário-mínimo desde a data da propositura da ação e, a partir da data em que o postulante completar 14 (catorze) anos até a sua morte, seja-lhe paga no valor de um salário-mínimo.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (RELATOR):

A matéria devolvida ao exame desta Corte diz respeito à indenização por danos morais e materiais requerida por criança acometida de poliomielite, aos quatro meses de vida, após inoculação de vacina para prevenção da citada patologia.

Inicialmente, cumpre examinar as preliminares suscitadas pela União.

No que tange à alegação de ilegitimidade passiva, tenho que sua análise confunde-se com o exame do próprio mérito da demanda, oportunidade em que será averiguada a existência de responsabilidade do referido ente pela ocorrência do fato.

Quanto à arguição de prescrição, verifico que ela não corre contra os incapazes, nos termos dos arts. 198, I, e 3º, do Código Civil, sendo certo que, quando da interposição desta ação o autor contava com apenas 5 (cinco) anos de idade (cf. fls. 02, 19 e 20).

Passando ao mérito, observo que, no âmbito do direito público, o ordenamento

jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade objetiva, disciplinada no art. 37, § 6º, da CF, *in verbis*:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De acordo com o comando constitucional, para o surgimento do direito à indenização é suficiente a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta do agente público, sendo prescindível perquirir-se a respeito da existência da culpa, cuja comprovação será essencial apenas em futura ação regressiva a ser promovida pelo Estado contra o seu preposto.

Destaque-se que o dano a ser analisado, *in casu*, é de cunho patrimonial e moral, conforme previsto no art. 5º, V, da CF/88.

Da análise dos documentos acostados aos autos depreende-se que o autor foi contaminado com o vírus da poliomielite após ter sido vacinado contra esta patologia (em 06/04/2004 – fl. 24v), conforme laudo médico elaborado pelo perito judicial, acostado às fls. 116/117 e complementado à fl. 141.

Segundo o experto, o demandante sofre de paraparesia flácida dos membros inferiores (paraplegia), tendo como causa a vacina contra pólio que lhe foi aplicada, justificando sua conclusão acerca do caso na resposta ao quesito “b”, à fl. 116, *in verbis*:

(...) desde o início do quadro o menor foi internado no HUAC – Campina Grande e a enfermidade foi investigada com a coparticipação do neurologista da vigilância epidemiológica do Estado e confirmado o diagnóstico pela constatação do póliovírus na amostra de fezes enviada à FIOCRUZ na época da doença mostrando homologia genômica > 99% com a amostra vacinal SABIN da região VP1.
(grifo acrescido)

Há que ser ressaltado, pela sua importância para o deslinde da controvérsia, o documento de fl. 44, que consiste no resultado do exame acima referido pelo médico-perito, realizado pela Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, a qual constatou a identidade entre o vírus constante na amostra de material do autor e aquele existente na vacina Sabin na região VP1.

Conforme observou o magistrado em sua sentença (fl. 160), mesmo não

tendo os pais levado o autor para ser vacinado aos dois meses de idade, como recomendado pelo SUS no cartão da criança (fl. 23), mas sim aos quatro meses, tal fato não tem o condão de eximir a União da responsabilidade pelo evento danoso, haja vista a afirmação categórica do perito de que a idade de quatro meses também é indicada para o início da vacinação contra paralisia infantil (fls. 117 e 141), complementando que a patologia do postulante não foi ocasionada pela aplicação da vacina fora do período indicado (resposta ao quesito “d” – fl. 117).

Evidenciado, portanto, está o dano e o nexo de causalidade existente entre ele e a ação estatal de vacinação, devendo ser rejeitada, ainda, a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela ré, já que é a responsável pela compra das vacinas e pelas campanhas de vacinação, ainda que com o apoio dos Estados e municípios.

Impende registrar que, conforme explicado pela União (fls. 223/224), existem dois tipos de vacina contra a poliomielite, a Sabin e a Salk, sendo a primeira produzida a partir do vírus atenuado, de administração oral e baixo preço, enquanto a segunda, contém o vírus inativado, é injetável e mais cara. O Governo Brasileiro optou pela Sabin, a qual teria uma alta eficácia, mas não uma total segurança, já que, como ela própria admite, a segunda vacina é mais estável. Dessa forma, deve arcar com os riscos decorrentes do método de vacinação escolhido.

Curiosamente, no Portal da Saúde¹, link do Ministério da Saúde, no “Informe Técnico da Campanha Nacional de Vacinação Contra a Poliomielite 2011”, o referido Ministério informa que, em 2012, realizará uma campanha com a vacina inativada.

A adoção da vacina Salk, programada para o próximo ano, foi alvo de notícias veiculadas em *sites* como o da revista *Veja*² e o da *Globo*³, dentre outros, que ouviram especialistas sobre o assunto, os quais afirmaram que a mudança deve-se ao fato de que a mencionada forma de combate à paralisia infantil é considerada mais segura, por ser produzida com o vírus morto, o que não acontece com a Sabin, em que há uma chance rara, mas há, de que a criança imunizada desenvolva a pólio vacinal. Acrescentam que a substituição da Sabin pela injetável já foi efetivada em países como Estados Unidos, Canadá e europeus e é uma recomendação da OMS – Organização Mundial da Saúde.

1. Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/informe_tecnico_campanha_poliomielite_2011_final.pdf, p. 05

2. Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/vacina-da-poliomielite-sera-injetavel>

3. Disponível em <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2011/09/vacina-injetavel-deve-substituir-gotas-na-prevencao-contrapolio-diz-medico.html>

Tais notícias, inclusive a do próprio Ministério da Saúde, revelam que o Governo Brasileiro tem motivos para alterar a sua estratégia de combate à paralisia infantil, dentre elas, o risco de contração da doença em razão da vacina com o vírus atenuado, que, embora mínimo, existe e traz consequências permanentes para as crianças que o adquirem.

Caso semelhante ao dos autos já foi julgado pelo TRF da 1ª Região, conforme mencionado pelo magistrado *a quo*, sendo válida a transcrição da ementa do referido acórdão:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. UNIÃO. DANO MORAL E MATERIAL. SEQUELAS DECORRENTES DE INOCULAÇÃO DE VACINA CONTRA POLIOMIELITE. DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO E OS DANOS SOFRIDOS. DEVER DE INDENIZAR. CARACTERIZAÇÃO.

1. Demonstrado, por meio de perícia, que a paralisia que acometeu o autor decorreu de reações à vacina antipoliomielite, fornecida pelo Sistema Único de Saúde, deve a União arcar com a indenização pelos danos materiais e morais sofridos pelo autor.

2. Condenação em valor adequado, que se mantém.

4. Sentença confirmada.

5. Remessa oficial desprovida.

(TRF – 1ª R., 6ª T., REO 200138000336429, Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 07/06/2010, p.281)

Passando ao exame da ocorrência do dano moral, segundo José de Aguiar Dias (*in* Da responsabilidade civil, vol. II, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 730.), para caracterizá-lo, basta compreendê-lo em relação ao seu conteúdo, que “... não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra *dor* o mais largo significado.”

Para Maria Helena Diniz (*in* Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil, 7º vol., 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82.), “o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.”

Na hipótese de que se cuida, a existência do dano moral é irrecusável. Não se pode negar o sofrimento pelo qual passa o autor, que, aos quatro meses de idade, na condição de um bebê saudável, foi levado pelos pais ao posto de saúde para ser imunizado contra a poliomielite e, justamente a vacina (oferecida pelo Estado) que deveria protegê-lo da paralisia infantil, foi a causadora da patologia que o acompanhará pelo resto da vida, privando-o de uma infância “normal”,

de correr, dançar, jogar bola e favorecendo uma adolescência e uma fase adulta cheia de limitações em todos os aspectos, físicos, sociais, emocionais, etc.

No que tange à fixação da indenização pecuniária a que faz jus a demandante (art. 5º, V, CF), tarefa das mais árduas, fica a critério do magistrado, conforme destaca Clayton Reis, *apud* Antônio Montenegro, ao afirmar que, em nossa doutrina ficar ao prudente arbítrio dos juízes. Comungam desse sentir, entre nós, Wilson Melo da Silva e Aguiar Dias, para quem o arbitramento é critério por excelência para indenizar o dano moral (*in* Dano moral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 84), sustentando, ainda, que essa ideia ganha corpo na jurisprudência, “na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente.” (ob. cit. p. 85).

Maria Helena Diniz, por sua vez, sustenta que “na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. (...) Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.” (ob. cit. p. 89).

No caso dos autos, atento às nuances reveladas, entendo que se faz razoável a indenização no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), conforme fixado na sentença, montante este que não propiciará o enriquecimento ilícito do demandante e, ao mesmo tempo, será capaz de minorar o seu sofrimento, representando uma contrapartida às dificuldades que, certamente, irá enfrentar em toda sua vida, na condição de deficiente físico.

Tal quantia deverá ser acrescida de correção monetária, a contar da data do arbitramento (13/12/2011 - fl. 169), conforme a Súmula nº 362 do STJ, aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Os juros moratórios devem incidir a partir da data do evento danoso (06/04/2004 – fl. 24-v), nos termos da Súmula 54 do STJ, no percentual de 1% (um por cento) ao mês, aplicando-se o art. 1º-F acima mencionado, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09, não merecendo retoque a sentença quanto a este ponto.

Acerca dos juros de mora, colho o seguinte precedente do eg. STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO.

DANOS MORAIS E MATERIAIS.

1. Caso no qual a recorrente Tânia Luíza Stigger Vieira alega que, à luz da jurisprudência do STJ, tem direito ao recebimento de indenização por danos materiais correspondente aos que deixou de auferir caso tivesse sido empossada no cargo, bem com direito à majoração do montante fixados a título de danos morais, o qual, no seu entender, foi arbitrado inadequadamente. A União Federal, por sua vez, alega que: (I) a responsabilidade civil da administração pública, no que toca aos danos morais, é subjetiva, não podendo, por isso, ser presumida; (II) os valores arbitrados a título de danos morais fogem da razoabilidade e da proporcionalidade; (III) os juros de mora devem ser calculados à taxa de 0,5% ao mês a partir da citação. (...)

8. As disposições do art. 1º-F da Lei 9.494/97 não se aplicam nas ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade extracontratual do Estado. Considerando que os autos tratam de fato ocorrido em 2004, após a vigência do Código Civil de 2002, correta a fixação dos juros de mora em percentual de 1% ao mês a partir do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ.

9. Não se verificam, pois, as alegadas violações ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 e ao art. 219 do CPC. (...) (1ª Turma, REsp 1056871/RS, rel. ministro Benedito Gonçalves, DJe 01/07/2010) (grifo acrescido)

Quanto aos danos materiais, entendo igualmente cabíveis, pois, consoante registrou o magistrado *a quo*, a doença que acomete o autor compromete a sua capacidade laborativa e a sua vida independente, sendo cabível a fixação de pensão mensal, conforme previsão do art. 950 do Código Civil, não afastando a pretensão indenizatória o fato de o demandante ser criança quando da ocorrência do dano.

Acrescente-se que, conforme lembrou o *Parquet* Federal (fl. 302), “desde o início, os responsáveis pelo menor tiveram que arcar com cuidados médicos, medicamentos e fisioterapia” (cf. fls. 39/40, 46), e ainda terão que pagar tais despesas e outras, como, por exemplo, de transporte, pois, como se sabe, o Estado nem sempre oferecerá o tratamento mais adequado, ainda mais levando em conta que o autor reside em cidade no interior da Paraíba, sendo necessário, na maioria das vezes, recorrer aos serviços de fisioterapeutas e médicos particulares e/ou de cidades maiores (o autor reside em Sousa-PB e sua internação e a maioria dos exames foram feitos em Campina Grande-PB e João Pessoa-PB – fls. 26, 27, 29/40).

Assim, considero dentro da razoabilidade a fixação do termo inicial da pensão a data da citação e os valores ponderados pelo representante do MPF (fl. 302), de meio salário-mínimo até a data em que completar 14 (catorze) anos de idade, quando deverá ser paga ao autor um salário-mínimo, até que complete 65 (sessenta e cinco) anos ou até o seu óbito, o que ocorrer primeiro, conforme requerido na inicial (fl. 16) e no apelo (189), sob pena de julgamento *ultra petita*.

Sobre o pagamento de pensão mensal, em razão da diminuição da capacidade laboral, já se manifestou o STJ:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR. SEQUELAS IRREVERSÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CULPA CONTRATUAL. SÚMULA 7. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. PENSÃO MENSAL DEVIDA.

(...)

5. É devido o pensionamento vitalício pela diminuição da capacidade laborativa decorrente das sequelas irreversíveis, mesmo estando a vítima, em tese, capacitada para exercer alguma atividade laboral, pois a experiência comum revela que o portador de limitações físicas tem maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, além da necessidade de despendar maior sacrifício no desempenho do trabalho.

(...) (4ª Turma, REsp 903.258/RS, rel. ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 17/11/2011)

As parcelas vencidas a título da pensão deverão ser acrescidas de juros moratórios de 1% ao mês e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo ser aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência.

Quanto aos honorários advocatícios, penso que, considerando o zelo do profissional e a natureza da causa, conforme o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, mostra-se justa e razoável a sua fixação no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Com essas considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA UNIÃO E À REMESSA OFICIAL, apenas para fixar o montante dos honorários advocatícios em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR, a fim de, quanto aos danos materiais, fixar como termo inicial da pensão a data da citação e estabelecer os valores de meio salário-mínimo até a data em que o demandante completar 14 (catorze) anos, e, a partir de então, o de um salário-mínimo, até a idade de 65 (sessenta e cinco) anos ou seu óbito, o que ocorrer primeiro. As parcelas vencidas da pensão deverão ser acrescidas de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo ser aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência.

É como voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n° 0006274-25.2010.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS sendo apelado DULCE ANTUNES RAZZO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. POR MAIORIA DE VOTOS. VENCIDO O REVISOR, DES. VITO GUGLIELMI, QUE DECLARA VOTO”, de conformidade com o voto do (a) Relator (a), que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), VITO GUGLIELMI E PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 22 de março de 2012.

ALEXANDRE LAZZARINI
RELATOR

Voto n° 4249
Apelação n° 0006274-25.2010.8.26.0003
Comarca: São Paulo
Apelante: Unimed do Estado de São Paulo -
Federação Estadual das Cooperativas Médicas
Apelado: Dulce Antunes Razzo

PLANO DE SAÚDE. PRÓTESE IMPORTADA NECESSÁRIA À
CIRURGIA DEVE SER CUSTEADA PELO PLANO.

- 1- A recusa do réu em custear o material importado é abusiva, violadora do direito do consumidor.
- 2- A implantação da prótese importada está estritamente ligada ao ato cirúrgico da paciente, pois os documentos anexados aos autos atestam a necessidade da cirurgia para a troca da prótese existente por prótese importada, visto que o uso do material nacional não atingirá o objetivo da cirurgia.
- 3- Não se pode negar ao consumidor o direito de realizar a cirurgia da melhor maneira possível, violando os princípios da boa-fé objetiva e da função social que devem nortear as relações contratuais.
- 4- Se não há restrição quanto à cirurgia, não é legal, tampouco lógica a recusa em fornecer ou reembolsar o custeio da prótese a ser utilizada, pois desta forma estaria limitando o tratamento que tem cobertura contratual.
- 5- A interpretação das cláusulas contratuais devem ser feitas em prol do contratante, a fim de garantir sua saúde (art. 47, do CDC).
- 6- Sentença mantida, por maioria de votos.
- 7- Apelação do réu não provida.

A r. sentença (fls. 339/341), cujo relatório adota-se, julgou procedente a “ação de obrigação de fazer” proposta por Dulce Antunes Razzo contra Unimed FESP - Unimed Federação do Estado de São Paulo, de maneira a impor à ré a obrigação de arcar com a cirurgia descrita na inicial, nos termos da prescrição médica, inclusive com o pagamento e aquisição da prótese indicada pelo médico responsável pela autora, do material importado, confirmando os efeitos da tutela (fls. 183/185) que determinou que a requerida proceda ao pagamento e aquisição da prótese indicada pelo médico responsável pela autora, do material importado para realização da cirurgia no quadril e no fêmur da autora. A ré arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

A ré interpôs embargos declaratórios (fls.345/349), os quais foram rejeitados às fls. 350/351. Apela a ré (fls. 354/366), aduzindo: a expressa exclusão contratual de cobertura da prótese importada, havendo similares nacionais para o caso da autora; que a cláusula de exclusão está de acordo com a Lei 9.656/98, não podendo ser considerada abusiva; que o contrato está em conformidade com as normas da ANS; que a operadora do plano de saúde deve cumprir o contrato, dentro dos limites contratados, não estando obrigada ao atendimento universal à saúde, obrigação que pertence ao Estado.

Requer a improcedência da ação.

Não foram apresentadas as contrarrazões, conforme certidão de fls, 371

Recurso de apelação tempestivo e preparado.

É o relatório.

I) A autora é beneficiária do plano coletivo de saúde do réu, aderido através da Associação Brasileira dos Funcionários Aduaneiros do Estado de São Paulo.

Verifica-se nos autos que a autora, para a cirurgia, precisa de colocação de prótese importada no quadril e fêmur e demais materiais necessários à conclusão do procedimento cirúrgico.

O réu se nega a autorizar o fornecimento da prótese importada, sob o argumento de haver expressa exclusão de cobertura contratual e por existir próteses similares nacionais para o caso da autora.

Diante da recusa, requereu a autora a condenação do réu na cobertura do tratamento, com fornecimento da prótese importada. Tal pedido foi acolhido, razão do inconformismo do réu.

II) É fato incontroverso nos autos a existência do contrato de assistência à saúde e a necessidade de cirurgia.

A discussão cinge-se em relação à cobertura pelo réu da prótese importada, indicada para realização de cirurgia da autora.

III) A recusa do plano na cobertura do material é abusiva, violadora do direito do consumidor, ocasionando o descumprimento do próprio contrato, ou seja, a proteção da saúde do autor.

Outrossim, a cláusula XII - 3, "C" do contrato (fls. 258) que exclui o fornecimento do material importado é abusiva (CDC, art.51IV), notadamente porque negar o custeio da prótese no quadril e no fêmur, sobretudo como no caso em tela, em que haverá colocação de nova prótese, visto que anterior se mostrou insuficiente para o problema da autora, seria o mesmo que denegar a efetividade da própria cobertura geral contratada, privando a paciente de meios necessários para a concretização do tratamento ao qual se submeteu.

A implantação da prótese importada está estritamente ligada ao ato cirúrgico da paciente, pois os documentos de fls. 165/167 atestam a necessidade da cirurgia para a troca da prótese existente por prótese importada, visto que o uso do material nacional não atingirá o objetivo da cirurgia.

Aliás, conforme exposto na r. sentença (fls.341):

Sendo assim, não se pode admitir que contrato de plano de saúde traga

cláusula absolutamente restritiva quanto à utilização da prótese importada, se esta se mostrou ser a única adequada ao tratamento da autora. A exclusão absoluta, nesse caso, seria incompatível com a equidade e ameaçaria o equilíbrio contratual.

Ademais, há recomendação médica para a utilização da referida prótese. Assim, parece ser esta a medida mais correta e eficaz ao tratamento da autora, visto que o profissional da saúde detém as informações técnicas necessárias para a realização do tratamento da forma mais adequada possível.

Portanto, sendo de extrema importância para o sucesso do procedimento, a cobertura existe, devendo o apelante suportar os custos dele decorrentes.

Neste sentido:

PLANO DE SAÚDE - PRÓTESE IMPORTADA MATERIAL QUE SE REVELA COMO O MAIS ADEQUADO AO TRATAMENTO DA MOLÉSTIA - CLÁUSULA EXCLUDENTE INVALIDADE PRECEDENTES DO STJ SENTENÇA MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. (Apelação nº 9250577-64.2008.8.26.0000, j. 15/02/2012, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Moreira Veigas).

Plano de saúde - Cobertura que exclui o custeio ou o ressarcimento de implantação de prótese importada imprescindível para o êxito da intervenção cirúrgica - Impossibilidade - Abusividade manifesta da cláusula restritiva de direitos - Jurisprudência dominante do STJ - Sentença mantida - RITJSP, art. 252. Recursos improvidos. (Apelação nº 0069.799-76.2008.8.0576, j. 01/02/2012, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Luiz Antonio Costa).

Não se pode negar ao consumidor o direito de realizar a cirurgia da melhor maneira possível, violando os princípios da boa-fé objetiva e da função social que devem nortear as relações contratuais.

O procedimento com a utilização do material importado foi prescrita por médico que acompanha a paciente, sendo referido material necessário para o sucesso do ato cirúrgico, não havendo como negar o acesso dele à autora.

Ademais, se não há restrição quanto à cirurgia, não é legal, tampouco lógica a recusa em custear a prótese a ser utilizada, pois desta forma estaria limitando tratamento que tem cobertura contratual.

No caso, conforme art.47 do CDC a interpretação das cláusulas contratuais devem ser feitas em prol do contratante, a fim de garantir sua saúde.

Portanto, sem razão o apelante.

IV) Concluindo, correta a r. sentença que é mantida.

Portanto, nega-se provimento á apelação do réu.

ALEXANDRE LAZZARINI

Relator

VOTO N°23.273

APELAÇÃO CÍVEL N° 0006274-25.2010.8.26.0003

REVISOR: DESEMBARGADOR VITO GUGLIELMI

APELANTE: UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO
ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS

APELADA: DULCE ANTUNES RAZZO

COMARCA: SÃO PAULO/JABAQUARA - 1ª VARA CÍVEL

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Meu voto, permissa vênia da douta maioria, dava provimento ao apelo. A matéria relativa às discussões acerca dos limites e responsabilidades dos planos de assistência médica, especialmente em relação aos contratos firmados anteriormente à Lei 9656/98, tem sofrido, ao longo de sua interpretação, alguma divergência doutrinária, e significativa jurisprudencial.

De toda sorte, e como sempre tenho me posicionado sobre o tema, é preciso que se prestigie a autonomia da manifestação de vontade das partes no contrato, pena de, com base no Código de Defesa do Consumidor, criar-se um verdadeiro direito não escrito e não pactuado, ao sabor das interpretações subjetivas das partes e do próprio Poder Judiciário.

O que não se pode deixar de reconhecer é que os planos de saúde, sejam os de prestação de serviço, sejam os de seguro médico, são atividades econômicas exercidas por empresas, e que, portanto, buscam, como resultado dessa atividade, um lucro. Posta assim a questão, e certo que o contrato é tipicamente de seguro, não se veda o estabelecimento de cláusulas limitativas de responsabilidade. Até porque o prêmio pago guarda nítido cálculo atuarial em relação ao risco assumido.

O que não se deve permitir, o que é bem diferente, com base no Código

do Consumidor, é apenas a presença de cláusulas dúbias, omissas ou abusivas.

Limitar a responsabilidade em função do prêmio é o procedimento normal em qualquer contrato de seguro. Não impressionam, com todo o respeito que nos merecem, os argumentos de que se justapõem direitos diversos (patrimônio e vida) e, portanto, toda solução deve ser dirigida à parte, ao menos em princípio, hipossuficiente no contrato.

Planos de saúde existem vários e com as mais diversas coberturas. E, obviamente, cada qual tem seu preço. Na medida em que, sob o apanágio do Código do Consumidor, se igualam, por força de decisões, os riscos assumidos, duas situações surgem, necessariamente. A primeira, direcionada à seguradora, a inviabilizar a atividade econômica. A segunda, direcionada a todos os consumidores, agravados no prêmio, pela verdadeira “socialização” dos eventuais prejuízos. Permite-se antever, sem dificuldade, que será mais cômodo optar pelos planos de menor prêmio e depois buscar o afastamento de todas as limitações.

Ainda que moral ou eticamente sejam defensáveis alguns posicionamentos, com eles o direito, no mais das vezes, não se compadece. Na medida em que se despreza a autonomia da manifestação devotada, cria-se a insegurança jurídica, desrespeita-se o ato jurídico perfeito e acabado (CR., artigo 5o, inciso XXXVI). E nada, no estado de direito, é mais grave.

O Poder Judiciário não pode criar obrigações contratuais inexistentes. Pode - e deve - coibir o abuso do direito. Não o uso regular, dentro dos princípios constitucionais. Isso só se defere à própria lei. Nunca é demais ressaltar que a prestação ilimitada de assistência à saúde é dever do Estado, por expressa disposição constitucional (artigo 196, desse mesmo diploma), e não dos particulares, no exercício da livre atividade econômica.

Portanto, e se o Estado não cumpre - como deve e deveria - esse dever, certamente não é transferindo aos particulares esse ônus que as dificuldades serão superadas.

No caso concreto, e a inviabilizar a procedência da ação, há de se considerar que se trata de cláusula que não gera qualquer dúvida. A cláusula c, item 3 do capítulo XII do contrato padrão que veio aos autos, que dispõe expressamente sobre a exclusão da cobertura de próteses importadas, desde que existam similares nacionais (fl. 258) é, evidentemente, lícita e como já previamente conhecida, não feriu o princípio da boa-fé contratual.

Na realidade, a autora pediu na inicial a cobertura de procedimento a que não fazem jus nos termos do contrato. Nem se pode entender, como regra, presente a vulnerabilidade do consumidor. Ainda que isso seja possível, deve ser analisada concretamente. Eventual presunção legal é circunstância bem diversa, e se refere à prova e não ao direito.

No caso, determinar-se que a requerida preste a cobertura de risco que não assumiu importa em violar o contrato. Não é vedado, legalmente, o estabelecimento de cláusulas restritivas, ao contrário do que se afirma. O que a jurisprudência tem orientado, bem ao contrário, é que as limitações não são admitidas apenas quando omissas no contrato ou duvidosas.

É a vontade das partes, validamente manifestada.

Dizer que é “longa” ou “curta” é ilação subjetiva, sem suporte jurídico.

Em suma: a autora pretende, na realidade, cobertura que o contrato não autorizava.

Tem se decidido:

Plano de saúde - Cobertura - Cláusulas de exclusão e de carência - Licitude e legalidade destas - Redação clara e compreensível aos leigos - Indicação específica e precisa dos riscos não cobertos - Abusividade inócua - Obrigações contratuais não desequilibradas - Ação improcedente - Recurso provido. (TJSP - Ap. Cível n. 66.829-4 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Rei. Aldo Magalhães - j. 28.04.99).

Com o resultado, inverter-se-iam os ônus da sucumbência, carregando-se à autora as custas e despesas do processo, bem como honorários advocatícios a favor do patrono da ré, arbitrados, com fulcro no parágrafo 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), tendo em vista o trabalho realizado, o tempo decorrido e a natureza da causa.

Assim se orienta meu voto, permissa vênua da Douta Maioria.

Vito Guglielmi
Revisor

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 0012805-68.2010.8.19.0021

APELANTE: DANIELCARVALHO PAIVA

APELADO: MARCOS PAULO PEREIRA DA SILVA FERREIRA

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS PAES

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DENTISTA. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

1. Evidente que a relação travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se o autor no conceito de consumidor descrito no *caput* do artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como o demandado na máxima contida no *caput* do artigo 3º do citado diploma legal, uma vez que o paciente é o destinatário final dos serviços prestados pelo apelante.
2. Responsabilidade civil que enseja a incidência do artigo 14, §4º, do CPDC, segundo o qual é subjetiva a responsabilidade dos profissionais liberais. Precedente do TJ/RJ e doutrina.
3. O demandante se submeteu a tratamento para extração de siso para a colocação de aparelho ortodôntico, que acarretou na fratura mandibular, conforme comprovado pela perícia realizada.
4. Importante destacar que a obrigação dos odontólogos é de resultado, razões pelas quais lhes são aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida.
5. Restou comprovado, portanto, que o réu deixou de informar ao demandante os riscos decorrentes do procedimento cirúrgico, e que não utilizou todos os meios necessários para realizar a intervenção com maior segurança e evitar a ocorrência de sequelas.
6. No que tange ao dano moral, os infortúnios experimentados por quem procura tratamento para alcançar saúde e maior autoestima são passíveis de reparação.
7. Dano moral *in re ipsa* e mantidos em R\$ 4.000,00, por atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
8. Recurso que não segue.

Trata-se de ação de reparação civil por danos morais e estéticos proposta por **MARCOS PAULO PEREIRA DA SILVA FERREIRA** em desfavor de **DANIEL CARVALHO PAIVA**, sob o fundamento de que, no dia 27.10.2008, dirigiu-se ao consultório do réu para fazer uma pequena cirurgia de extração do dente siso.

Alegou que após o procedimento, foi informado pelo demandado que havia uma fratura no maxilar e que necessitaria de uma nova cirurgia, sendo a mesma realizada em 31.10.2008. A seguir, disse que continuou sentindo dores frequentes no local da fratura e requereu indenização por danos morais e estético, em valor não inferior a trinta salários mínimos.

O Juízo *a quo*, em sentença de fls.184-185, julgou parcialmente procedente o pedido e condenou o réu ao pagamento em favor do autor da importância de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a título de indenização pelos danos morais, acrescidos de juros de mora de 12% ao ano a partir da citação e correção monetária desde a sentença. Por fim, condenou o demandado ao pagamento das custas processuais, honorários periciais e advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

Inconformado, apelou o demandado às folhas 186-194 e alegou que advertiu verbalmente o paciente sobre os riscos da cirurgia. Arguiu ausência de provas suficientes para a condenação em danos morais. Reque- reu a compensação da verba honorária e, alternativamente, a redução da indenização extrapatrimonial.

Contrarrazões, apresentadas às fls. 197-202, em prestígio à sentença.

É O RELATÓRIO.

Conhece-se o recurso, pois tempestivo, com custas recolhidas a fls. 195, presentes os demais requisitos para a sua admissibilidade.

In casu, mostra-se evidente que a relação travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se o autor no conceito de consumidor descrito *no caput* do artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como o demandado na máxima contida no *caput* do artigo 3º do citado diploma legal.^{1 2}

1. Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

2. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem,

Nestes termos, conforme dispõe o § 4º do artigo 14 do diploma consumérista, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais pelo serviço defeituoso será apurada mediante a verificação de culpa.³

Ante o exposto, constata-se que a responsabilidade do dentista, *in casu*, é subjetiva. Por conseguinte, verificada a existência de culpa por parte do profissional, incumbe-lhe promover a reparação dos danos causados ao seu cliente.

Nesse sentido, precedente desta Corte de Justiça:

TRATAMENTO ODONTOLÓGICO ERRO DE PROCEDIMENTO PROVA PERICIAL CULPA SUBJETIVA RESPONSABILIDADE CIVIL DE DENTISTA OBRIGACAO DE INDENIZAR APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE subjetiva do cirurgião dentista. Extração de dente siso inadequada.

DANOS MATERIAIS E MORAIS. Os princípios pertinentes à responsabilidade médica aplicam-se às profissões assemelhadas ou afins, como a do farmacêutico, do veterinário, do enfermeiro, do dentista, etc. Devidamente comprovada a culpa, deverá o profissional responder pelo evento danoso. Restou comprovado, através de perícia, que os procedimentos adotados pela ré se afastaram da melhor prática odontológica e que os equívocos metodológicos constatados deram causa ao sofrimento físico e psíquico da vítima. Precedentes do TJRJ. Dano moral configurado e fixado com respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. Dano material demonstrado. Desprovimento do 1º apelo e parcial provimento do segundo apelo.⁴

Frise-se que para responsabilizar o réu deve-se provar, além do fato, do dano e do nexo causal, também a culpa do profissional.

Nessa ordem de ideias, inicialmente é preciso a demonstração da conduta culposa do recorrente e responsável pela extração do dente siso do recorrido que acarretou a fratura mandibular.

Feitas tais considerações, passa-se ao exame fático das questões trazidas a julgamento.

Pois bem. O autor se submeteu a tratamento para extração de siso para a colocação de aparelho ortodôntico, que acarretou na fratura mandibular, conforme comprovado pela perícia realizada.

criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

3. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

4. BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO CÍVEL. Processo 0055751-23.2007.8.19.0001. DES. PLINIO PINTO C. FILHO. DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL - Julgamento: 12/12/2011.

Transcrevem-se alguns trechos das conclusões do perito:

Tivesse o réu solicitado a realização de exames complementares a fim de que revelasse uma imagem mais precisa das estruturas envolvidas como, por exemplo, tomografia computadorizada, adicionaria informações ao profissional diminuindo o risco de complicações como a fratura mandibular.

O paciente deve sempre que possível entender a proposta de tratamento, bem como ser devidamente orientado quanto ao risco dos inconvenientes que podem ocorrer durante o procedimento.

Da leitura das informações trazidas no corpo dos autos e das colhidas na realização da perícia, conclui o perito que o réu deixou de utilizar todos os meios necessários que estivessem à sua disposição para a realização do procedimento frente a situação apresentada. Conclui também que o autor não tinha ciência quanto ao risco de fratura mandibular ao se submeter ao procedimento odontológico realizado pelo réu.

Importante destacar que a obrigação dos odontólogos é de resultado, razões pelas quais lhes são aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida.

Restou comprovado, portanto, que o réu deixou de informar ao demandante os riscos decorrentes do procedimento cirúrgico, e que não utilizou todos os meios necessários para realizar a intervenção com maior segurança e evitar a ocorrência de sequelas.

No que tange ao dano moral, os infortúnios experimentados por quem procura tratamento para alcançar saúde e maior autoestima são passíveis de reparação.

As angústias causadas pelas inflamações, dores e procura por atendimento médico, sem sombra de dúvida, causaram máculas à honra subjetiva do paciente que ensejam a reparação moral imposta em primeiro grau.

No que se refere ao *quantum debeatur*, o art.5º, V, da Constituição da República assegurou a indenização por dano moral, mas não estabeleceu os parâmetros para a fixação deste valor. Entretanto, esta falta de parâmetro não pode levar ao excesso, ultrapassando os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

A regra é a de arbitramento judicial e o desafio continua sendo a definição de critérios que possam nortear o juiz na fixação do *quantum* a ser dado em favor da vítima do dano injusto.

Com efeito, o Juiz deve adotar critérios norteadores da fixação do valor da condenação, onde deve levar em conta o grau de culpa do agente, culpa concorrente

da vítima e condições econômicas das partes, além dos princípios da razoabilidade.

Tal verba representa uma compensação e não um ressarcimento dos prejuízos sofridos, impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, pois ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfatória.

Sendo assim, a indenização por dano moral no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) é adequada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que devem permear tal arbitramento, não merecendo retoque à sentença.

Colacionam-se os seguintes arestos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DENTISTAS. SERVIÇO COMPROVADAMENTE DEFETUOSO. DANOS MORAL E MATERIAL. OCORRÊNCIA. QUANTIFICAÇÃO. 1) Dispõe o artigo 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Ademais, diferentemente do que ocorre com os médicos em geral, dadas as peculiaridades de sua atividade, a obrigação dos odontólogos é de resultado, razões pelas quais lhes são aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida. 2) Nesse contexto, se a prova pericial produzida é peremptória no sentido de que o serviço prestado o foi de forma incompleta e defeituosa, presente o dever de indenizar. 3) O dano moral, na hipótese, é incontestável, haja vista que a autora, pessoa de poucos recursos, visando à melhoria de sua aparência, despendeu quantia considerável por tratamento que não atendeu às suas expectativas. 4) O dano material, por sua vez, é inegável, considerando que a autora pagou por serviço que não atingiu aos fins colimados. 5) Todavia, a quantia de R\$ 12.000,00 a título de dano moral se afigura excessiva e afastada do que preconizam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, **mormente consideradas as particularidades do caso vertente, razão pela qual deve ser reduzida para R\$ 4.000,00 (quatro mil reais)**. 6) De outro vértice, no pertinente ao dano material, inaplicável o artigo 42, parágrafo único, do CDC, mas sim o artigo 20, deste mesmo diploma legal, descabendo, portanto, falar-se em devolução em dobro da quantia paga. 7) Provimento parcial do recurso.⁵

Direito do Consumidor. Responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal. Artigo 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Dentista. Má prestação do serviço. Execução fora dos padrões técnicos. Laudo pericial. Nexos causal com o retratamento endodôntico, após quatro anos, e o acúmulo alimentar com pressão na gengiva. Sentença de procedência parcial. Dano material reconhecido. Apelação. Dano moral. Provimento. **Revela-se proporcional e adequada a fixação do valor do dano moral em R\$ 5.000,00. Dano moral in re ipsa.** Precedentes deste Tribunal citados: 0001090-56.2005.8.19.0004 -

5. BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO CÍVEL. Processo 0143764-66.2005.8.19.0001 (2008.001.60620). DES. HELENO RIBEIRO P NUNES. SEGUNDA CAMARA CIVEL - Julgamento: 19/11/2008.

Apelação - Des. Carlos Eduardo Passos - Julgamento: 23/11/2011 - Segunda Câmara Cível; 0006868-71.2005.8.19.0209 (2009.001.61724) - Apelação - Des. Benedicto Abicair - Julgamento: 18/11/2009 - Sexta Câmara Cível; 0042047-45.2004.8.19.0001 (2005.001.12996) Apelação - Des. Nagib Slaibi - Julgamento: 11/10/2005 - Sexta Câmara Cível. Precedente do Superior Tribunal de Justiça Citado: Resp 122.505/SP, rel. ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, Julgado em 04/06/1998, DJ 24/08/1998, p. 71.Provimento do apelo.⁶

Diante disso, a sentença vergastada não merece reforma, por se coadunar com a predominante jurisprudência desta Corte.

Por tais fundamentos, conhece-se o apelo e nega-se seguimento, com base no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil.⁷

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2012.

DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS PAES
RELATOR

6. BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO CÍVEL. Processo 0012422-87.2005.8.19.0208. DES. NAGIB SLAI- BI. SEXTA CAMARA CIVEL - Julgamento: 07/12/2011.

7. Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

1. A REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE – RBDS é uma publicação nacional da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), com periodicidade semestral, em meio impresso e eletrônico, que tem como objetivos promover, sob a perspectiva jurídica:

- I - a discussão de temas relacionados à prestação de serviços de Saúde;
- II - ampliar a divulgação do entendimento dos Tribunais sobre o tema; e
- III - mobilizar a sociedade em torno de questões que afetam o direito fundamental à saúde.

2. Serão publicados manuscritos (artigos, pareceres, jurisprudência comentada, resenhas e atos normativos comentados) inéditos, de autoria individual ou coletiva.

3. É vedado o envio simultâneo de manuscrito à RBDS e outro periódico.

4. Após a publicação do manuscrito na RBDS, é permitida a veiculação do texto em outro periódico, desde que conste da nova publicação a referência original completa.

5. O envio do manuscrito indica que seus autores conhecem e concordam com as normas da presente CHAMADA DE ARTIGOS e implica autorização para sua publicação.

6. Os manuscritos devem ser enviados ao Coordenador Científico da REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE, para o endereço eletrônico fernando@advcom.com.br

7. O Coordenador Científico, responsável pela organização e publicação do periódico, após análise formal prévia, encaminhará os manuscritos a dois avaliadores – membros do Conselho Editorial ou pareceristas ad hoc – que farão o exame dos trabalhos pelo sistema double blind peer review.

8. Os manuscritos deverão seguir as normas estabelecidas no anexo do presente edital.

9. Os conceitos e opiniões contidos nos manuscritos são de inteira responsabilidade de seus autores, eximindo-se a Editora, o Coordenador Científico e o Conselho Editorial de qualquer responsabilidade sobre o conteúdo publicado.

10. Os autores não serão remunerados pela veiculação dos manuscritos e o recebimento dos textos não implica obrigatoriedade de publicação.

11. Informações sobre a publicação podem ser encontradas no endereço: www.cmb.org.br

NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS

1. Os manuscritos apresentados à REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE - RBDS deverão seguir a estrutura física abaixo:

- a) Título do artigo (em português e inglês);
- b) Nome do autor (no máximo três autores);
- c) Pequena qualificação logo abaixo do nome do autor;
- d) Sumário do artigo, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Administração Pública e assistência à saúde. 2.1 Transformações na Administração Pública. 2.1.1 Reconhecimento dos Limites da Atuação Estatal. 2.1.2 Legalidade Material: a Eficiência como Interface com a Realidade. 2.1.3 Reorganização Administrativa e Responsabilidade Estatal pela Assistência à Saúde.

- e) Resumo do artigo com no máximo dez linhas (em português e inglês);
- f) Palavras-chave, como o exemplo que segue (em português e inglês);

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Orçamento. Saúde. Teoria da reserva do possível.

- g) Texto do artigo;
- h) Referências bibliográficas.

2. O editor de texto utilizado para digitalização deve ser o Word para Windows e, com base nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a padronização aceita será a seguinte:

- fonte de digitação Arial tamanho 12, com espaçamento de linhas de 1,5 e alinhamento justificado;

- numeração sequencial de página na margem inferior direita, no documento inteiro;
- uso de 3 cm para margem à esquerda e 2 cm para superior, inferior e à direita, e parágrafos recuados em 1,5 cm da esquerda;
- no caso de qualquer destaque no corpo do texto, dê preferência ao itálico;
- capitulação feita com título principal em negrito, com palavras principais iniciadas em letra maiúscula e alinhado à esquerda; e títulos parciais recuados em 1,5 cm, com as palavras principais iniciadas em letra minúscula e uso da numeração progressiva em algarismos arábicos;
- citações textuais longas, com mais de quatro linhas, separadas em um parágrafo independente, com recuo esquerdo de 4 cm, alinhamento justificado, espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10;
- citações textuais pequenas, até quatro linhas, inseridas no texto entre aspas e sem itálico;
- número da chamada em citações em algarismos arábicos, na entrelinha superior, sem parênteses depois do sinal de pontuação, referente à nota bibliográfica;
- uso de forma unificada de expressões em língua estrangeira, destacando-as em itálico;
- uso de forma padronizada de ‘grifos meus’, ‘grifos nossos’ ou ‘grifos acrescentados’ etc.;
- notas em geral, incluindo citações ao pé de página, devem utilizar espaçamento simples entre linhas e tamanho de fonte 10, também em letra Arial; e
- referências bibliográficas feitas de acordo com a NBR 6023/2000 – Norma Brasileira da ABNT. Como no exemplo a seguir:

ROSE, Richard. On the Priorities of Government: A developmental Analysis of Public policies. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, n.4, 1976.

3. Os textos devem ser revisados, assim como respeitar a linguagem adequada a uma publicação editorial científica (com base nas novas regras de ortografia).

4. O corpo do email deve conter informações dos autores, como titulações, telefone e endereço.

5. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista e os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

Esta revista foi impressa em papel Off-set 90g na Gráfica Exklusiva em julho de 2012.
Tiragem de 1.000 exemplares.

ISSN 2238-0477



2238 0470