REVISTA BRASILEIRA

DE DIREITO DA SAÚDE

Ano II • Número 3 • Julho a Dezembro 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.3 (julho/dezembro 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

COLABORADORES DESTE VOLUME
António José Avelãs Nunes, Fernanda Schaefer, Fernando Borges Mânica, Fernando Menegat, Josenir Teixeira, Leonardo Gomes de Aquino, Maçazumi Furtado Niwa, Rafael Arruda Oliveira

EDITORAS
Juliane Ferreira
Vanda Ramos

SUMÁRIO

PÁG.8
O Poder Judiciário, a Constituição e os Direitos Fundamentais
Antônio José Avelãs Nunes

PÁG.59
A Economia da Saúde Pública no Contexto das Incertezas Econômicas: um mundo de restrições?
Rafael Arruda Oliveira

PÁG.73
A Obrigatoriedade de Pagamento de Direito Autoral pelos Hospitais na Visão do Superior Tribunal De Justiça
Josenir Teixeira

PÁG.100
Diretivas Antecipadas de Vontade e a Resolução N. 1995/2012: Uma Possibilidade no Direito Brasileiro?
Fernanda Schaefer

PÁG.114
Manutenção da Vida: Saúde Pública X Saúde Privada
Leonardo Gomes de Aquino

PÁG.142
A Incompetência da Justiça do Trabalho Para Julgar Lides Envolvendo Celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão
Fernando Borges Mânica e Fernando Menegat

PÁG.165
O Termo Inicial de Fruição da Imunidade Tributária da Contribuição Social a Cargo do Empregador (Cota Previdenciária Patronal) às Pessoas Jurídicas de Fins Não Econômicos Qualificadas como Entidades Beneficentes de Assistência Social
Maçazumi Furtado Niwa

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

PÁG.186
Supremo Tribunal Federal (I) - Cargos inerentes aos serviços de saúde devem ser atribuídos a servidores admitidos por concurso público

PÁG.191
Supremo Tribunal Federal (II) - Suspensão de contrato administrativo firmado entre o Poder Público e Organização Social para a prestação de Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU)

PÁG.197
Superior Tribunal de Justiça (I) - Deficiente físico pode abrir mão de seu tratamento

PÁG.203
Superior Tribunal de Justiça (II) - Inconstitucionalidade da cobrança de contribuição de servidor público para o custeio da saúde

PÁG.208
Superior Tribunal de Justiça (III) - Deve ser assegurado ao aposentado a manutenção no plano de saúde coletivo do qual fazia parte antes da aposentadoria

PÁG.221
Superior Tribunal de Justiça (IV) - A recusa de plano de saúde em cobrir tratamento de cobertura obrigatória enseja dano moral

PÁG.226
Superior Tribunal de Justiça (V) - Responsabilidade solidária entre médico e plano de saúde em caso de erro médico

PÁG.239
Tribunal Regional Federal da 1ª Região - É legítima a cobrança de Taxa de Saúde Suplementar pela Agência Nacional de Saúde, pois ela exerce poder de polícia, fato gerador da referida taxa

PÁG.246
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - Equívoco na identificação do sexo do bebê não enseja dano moral

LEGISLAÇÃO

PÁG.254
Portaria n. 1.823, de 23 de agosto de 2012, do Ministério da Saúde
Institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora

PÁG.284
INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

PÁG.286
NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS

APRESENTAÇÃO

Com reconhecimento nacional e elogio de grandes juristas brasileiros, a Revista Brasileira de Direito da Saúde – RBDS chega a seu terceiro volume, trazendo primorosas contribuições acadêmicas e as mais recentes decisões dos tribunais. Marcada por seu rico conteúdo técnico-científico, nesta edição a RBDS amplia suas fronteiras, com a participação do constitucionalista português Prof. Dr. António José Avelãs Nunes. Em seu trabalho, o professor lusitano debate a efetividade do Poder Judiciário em garantir os Direitos Fundamentais, especialmente o direito à saúde.

No cenário nacional, este número traz uma série de discussões que se encontram na pauta de todos aqueles que laboram no setor de saúde, como o estudo sobre a participação do setor privado e suas práticas de gestão no setor público; a análise da relação entre prestadores de serviços públicos e de serviços privados de saúde – com enfoque dos planos privados de saúde; e a defesa da incompetência da Justiça do Trabalho para avaliar a legalidade de Termos de Parceria e Contratos de Gestão firmados para a prestação de serviços de saúde. Também há interessantes discussões em manuscritos sobre a faculdade de uma pessoa determinar, antecipadamente, se pretende submeter-se ou não a um específico tratamento médico e sobre a obrigatoriedade de hospitais e clínicas pagarem direitos autorais aos artistas cujas obras são veiculadas nesses ambientes. Além disso, consta nesta edição importante debate de Direito Tributário aplicado à saúde, no que se refere à definição do termo inicial para fruição da imunidade da cota previdenciária patronal por parte das entidades beneficentes de assistência social.

Ao largo de seu conteúdo doutrinário, a presente obra contém extenso rol de decisões judiciais, trazendo julgados que chamaram a atenção do mundo jurídico e da sociedade. Dentre elas, pode-se citar a confirmação pelo STF de medida liminar que interrompeu a prestação do Serviço de Assistência Móvel de Urgência (SAMU) em Santa Catarina. Já no tópico sobre legislação encontra-se importante Portaria do Ministério da Saúde acerca da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora.

O sucesso desta publicação comprova que o direito à saúde é um ramo jurídico em intensa expansão. Nesse sentido, a RBDS milita para que ele se fortaleça, tome corpo e sedimente o seu papel de protagonista no meio jurídico brasileira. Boa leitura!

José Reinaldo Nogueira de Oliveira Júnior
Presidente da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB

Maçazumi Furtado Niwa
Diretor Jurídico 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

O PODER JUDICIÁRIO, A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS[1]

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES
Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra

1.

Antes de começar a falar sobre o tema da minha conferência neste XXXVIII Congresso Nacional dos Procuradores de Estado, peço-vos um minuto suplementar, para agradecer à Direção da Associação dos Procuradores do Estado do Paraná o convite para participar neste Congresso. É para mim uma honra e um privilégio poder estar aqui convosco, honra e privilégio que devo e agradeço, de modo especial, a Drª Cristina Leitão Teixeira de Freitas. Partilharei convosco as reflexões que alinhei sobre o tema que ela mesma me propôs, quando, há cerca de um ano, me convidou pessoalmente para proferir a Conferência Inaugural deste Congresso. Oxalá eu esteja à altura da confiança que ela depositou em mim.

1 - Conferência Inaugural do XXXVIII Congresso Nacional dos Procuradores de Estado, Foz do Iguaçu, 16.10.2012. Na elaboração desse texto foi utilizado um trabalho anterior, publicado, juntamente com outro do Prof. Fernando Scaff em livro editado em 2011, pela Livraria do Advogado Editora, intitulado Os Tribunais e o *Direito à Saúde*.

Na pessoa da Drª Isabela Martins Ramos, Presidente da APEP, que preside a esta Sessão, cumprimento todos os membros da Mesa. Ao saudar com amizade o Dr. Bernardo Cabral, ilustre português e ilustre brasileiro, relator da Constituição de 1988, saúdo todos os presentes nesta sala e todos os congressistas.

Jurista de formação fui professor de Economia Política na Faculdade de Direito de Coimbra durante mais de quarenta anos. Já vêem que, após décadas de afastamento do estudo do Direito, só posso ser um fraco jurista. Falarei, por isso, talvez mais como cidadão do que como jurista. Digamos que falarei como jurista-cidadão (ou como cidadão-jurista).

Dar-vos-ei conta das minhas reflexões sobre o tema com toda a humildade, mas também com a lealdade e com a frontalidade que devo ao povo brasileiro, sangue do meu sangue, ao qual me sinto profundamente ligado, e que devo ao Brasil, este grande País, que, na minha qualidade de português, não me canso de considerar a vaidade das vaidades da nossa vaidade de sermos portugueses. Vejam como é grande a nossa vaidade…

2.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional (TC) está integrado no sistema político (no sistema de órgãos do poder político) como um tribunal, ao qual a Constituição da República Portuguesa (CRP) atribui a competência de "administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional" (art. 221º CRP).

No entanto, ao tratar da organização dos tribunais enquanto órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (art. 202º CRP), a Constituição portuguesa diz que, além do Tribunal Constitucional, existem outras categorias de tribunais (art. 201º CRP).

Isto significa que o TC exerce uma *função jurisdicional* e não uma *função política*. E significa também que o TC não é mais um tribunal entre os outros, mas um tribunal que não está integrado na organização judiciária. Com efeito, na Parte III da CRP (que regula a *organização do poder político*), o Título V dispõe sobre os tribunais, sendo o TC objeto de um título à parte (Título VI). Poderá talvez dizer-se que o TC é tratado, no sistema constitucional português, como *um órgão de soberania autónomo* (para além do Presidente da República, a Assembleia da República, o governo e os Tribunais), como "um outro dos 'poderes' do Estado".[2]

Em última instância, cabe ao TC assegurar que os órgãos do Estado atua em conformidade com os *procedimentos exigidos*, com os *princípios* e com os objetivos consagrados no programa político plasmado na CRP, respeitando os normativos constitucionais no processo de formação e determinação da vontade política e de adoção de *decisões políticas*.

2 - Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, 23.

O TC é um *órgão jurisdicional* de *controlo normativo*, i. é, só pode apreciar e declarar a inconstitucionalidade das normas emanadas dos órgãos do Estado com competência legislativa que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados (art. 277, nº 1 CRP). Isto significa que o TC só pode controlar o processo político através da *declaração de inconstitucionalidade das decisões políticas "que se concretizam e exprimem em normas jurídicas"*.[3]

O TC não pode apreciar a constitucionalidade das 'normas privadas' (v.g. as convenções coletivas de trabalho), nem dos 'atos políticos', nem dos atos administrativos, nem, em regra, das decisões judiciais. Nem pode proteger os direitos fundamentais através de uma *ação direta* interposta por um qualquer interessado junto do próprio TC. E também não cabe na competência do TC sancionar os titulares dos órgãos de soberania pela violação da Constituição.

3.

Além do *controlo abstrato* (sucessivo) e do *controlo concreto* (mediante recurso de decisões judiciais), merecem referência especial, do ponto de vista que aqui interessa, o *controlo preventivo* da inconstitucionalidade das normas emanadas da Assembleia da República (AR) ou do Governo e a verificação de situações de *inconstitucionalidade por omissão*.

O *controlo preventivo* insere-se, de algum modo, no próprio processo de produção legislativa, exercendo-o o TC após a aprovação do diploma (lei ou decreto-lei) pelo órgão legislativo competente (AR ou Governo), mas antes da sua publicação no *Diário da República*.

Por outro lado, imputando a CRP ao legislador ordinário o *dever positivo* de legislar para tornar exequíveis as normas constitucionais, de modo a permitir a concretização dos *princípios* e do *programa* inscritos na lei fundamental, a *inconstitucionalidade por omissão* visa apurar e declarar o não cumprimento da Constituição por omissão das *medidas legislativas* necessárias para *tornar exequíveis* as normas constitucionais (art. 283º, nº 1 CRP).

Em suma, poderá dizer-se que ao TC cabe garantir o respeito das competências legislativas atribuídas na CRP à AR e ao Governo. E cabem-lhe competências bastantes para garantir a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias, bem como dos direitos económicos, sociais e culturais e dos direitos dos trabalhadores, para além da competência para assegurar que a legislação da AR e do Governo respeita o modelo e os princípios consagrados na Constituição económica. Estas competências fazem do TC um órgão que participa na formação da 'vontade política' do Estado, embora confinando a sua participação no processo político ao *controlo da constitucionalidade das normas jurídicas*.

4.

No que concerne à intervenção do TC em matérias que podem interferir na defini-

3 - Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, 98-103.

ção e concretização de políticas públicas, creio poder afirmar que a intervenção do TC que mais influenciou a sorte do modelo de sociedade e do programa político inscrito na CRP de 1976 (saída da *Revolução dos Cravos*, 25 de Abril de 1974), e mais determinou a evolução da Constituição econômica e das políticas públicas com ela relacionadas ocorreu durante o período de refluxo da revolução, desde a criação do TC (na sequência da revisão da CRP de 1982) até à consolidação da segunda revisão ordinária da Constituição, em 1989.

Uma vez promulgada a CRP (Abril de 1976), os caminhos da contra-revolução passaram, em boa parte, pelos ataques à Lei Fundamental. Essencialmente, porque ela era uma Constituição com um *programa político* de *rotura com o capitalismo*. Foi um período de intensa luta política e ideológica, marcado por alguns pontos de tensão e de instabilidade política e social.

O TC interveio, no exercício das suas funções, como uma espécie de *mediador na luta de classes*, embora, na minha leitura, se tenha colocado sempre, inequivocamente, do lado dos interesses e da ideologia veiculados pelos partidos que, apoiados por maiorias eleitorais confortáveis, procuraram, por todos os meios, *meter o socialismo na gaveta*, como confessou um dos Primeiros-Ministros dessa época, o Dr. Mário Soares.

Ao serviço deste objetivo, nem faltou mesmo quem tivesse invocado o argumento de que o *princípio democrático* (o respeito pelo projeto político dos partidos mais votados) se sobrepunha ao *princípio socialista* inscrito na CRP, o que, em última instância, significaria que cada maioria resultante de eleições poderia 'fazer' a sua própria constituição, na medida em que ficava autorizada a substituir o *programa político constitucional* pelo seu próprio programa político. Em vez de ser a Constituição a enquadrar e a limitar a atuação dos órgãos do Estado (enquanto Estado de direito constitucionalmente vinculado), seriam os órgãos do Estado a conformar (a 'reescrever') a Constituição, em função das opções ideológicas das maiorias conjunturais resultantes das eleições.

Nesse período, segundo a minha leitura dos acontecimentos, o TC, longe de ser um embaraço para o poder político, forçando-o a respeitar o programa constitucional, atuou ele próprio como um *órgão político*, como uma espécie de *poder legitimador* dos órgãos diretamente ligados ao exercício do poder político (a AR e o Governo), oferecendo-lhes uma interpretação da CRP 'amiga do capitalismo' e legitimadora de todas as iniciativas tendentes a impedir a concretização dos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade socialista. Creio que é isto mesmo que quer dizer um ex-Presidente do TC quando escreve que "a Revisão [a revisão ordinária da CRP levada a cabo em 1989] só veio 'justificar' a leitura aberta do texto da lei fundamental até aí feita pelo Tribunal".[4] Uma leitura tão 'aberta' que creio não respeitar o programa constitucional tal como ele constava da CRP antes das profundas alterações introduzidas em 1989 (por isso elas foram introduzidas).

4 - Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, "O Tribunal Constitucional português face a uma Constituição em mudança", separata de *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2005, 488.

5.

Foi este o sentido dos acórdãos do TC quando decidiu não serem inconstitucionais os diplomas legais que:

- permitiram o acesso da iniciativa privada a determinados setores de atividade económica (nomeadamente a banca e os seguros)[5], setores que uma boa parte da doutrina mais autorizada entendia terem sido transferidos em globo para a propriedade do Estado (e não apenas o capital das empresas que os integravam) e, portanto, insusceptíveis de ser desnacionalizados, porque a CRP (art. 83º) consagrava o princípio da irreversibilidade das nacionalizações;
- autorizaram a transformação de empresas públicas nacionalizadas em sociedades anónimas regidas pelo direito privado, com a possível participação de capital privado no respetivo capital social, desde que o Estado mantivesse a titularidade da maioria do capital dessas sociedades anónimas;[6]
- retiraram às terras nacionalizadas no âmbito da reforma agrária parcelas muito significativas delas, para as restituir aos latifundiários expropriados após a Revolução, apesar de a CRP consagrar a reforma agrária e a sua consolidação como um instrumento fundamental para acabar com o latifúndio, para transferir a posse útil da terra para aqueles que a trabalham e para a construção da sociedade socialista (arts. 96º e 97º);[7]

vieram permitir medidas várias de 'flexibilização' das relações de trabalho e de 'liberalização' do contrato individual de trabalho;[8]

- autorizaram o Governo a cobrar taxas moderadoras pelo recurso aos serviços do Serviço

5 - Cfr. Acórdãos nºs 25/85 e 186/88, publicados nos Volumes 5º e 12º de *Acórdãos do Tribunal Constitucional*.

6 - Cfr. Acórdão nº 108/88, em Acórdãos do Tribunal Constitucional, Vol. 11º. Em boa verdade, este acórdão do TC veio declarar que não era inconstitucional a *reprivatização* (a *desnacionalização*) de parte do capital de empresas nacionalizadas, apesar de a CRP consagrar o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, i. é, a proibição de modificar a situação decorrente das nacionalizações efetuadas após a *Revolução dos Cravos* (consideradas pela CRP "conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras"), a impossibilidade de regresso à titularidade e ao controlo do capital privado das empresas que operam nesses *setores básicos da economia*. A meu ver, a lei que o TC declarou compatível com a CRP propunha-se, notoriamente, abrir ao capital privado o capital social de empresas nacionalizadas, com o objetivo confesso de iniciar um processo de abertura ao setor privado do capital de empresas públicas a operar em *setores básicos da economia*, que a CRP, por assim os considerar, expressamente vedava à atividade de empresas privadas. Sobre estas questões, ver também o Acórdão nº 195/92 (em *Acórdãos*…, Vol.22º) e o Acórdão nº 444/93 (*Acórdãos*…, Vol. 24º).

7 - Cfr. Acórdão nº 187/88, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 12º.

8 - Cfr. Acórdão nº 64/91, em *Acórdãos*…, Vol. 18º; Acórdão nº 289/92 (em *Acórdãos*…, Vol. 23º), que não considerou inconstitucionais exigências impostas aos trabalhadores em matéria de pré-aviso de greve e de serviços mínimos em caso de greve; Acórdão nº 581/95 (em *Acórdãos*…, Vol. 32º), que, apesar da garantia constitucional da *segurança do emprego*, veio admitir o despedimento individual por *razões objetivas* resultantes da evolução tecnológica; Acórdão nº 306/03 (em *Acórdãos*…, Vol. 56º), dando cobertura a um novo Código do Trabalho que, entre outras 'modernidades', veio permitir aos patrões organizar, de um dia para o outro, o horário de trabalho dos trabalhadores das suas empresas em termos tais que estes podem ser obrigados a trabalhar, em horário normal, doze horas por dia e sessenta horas por semana.

Nacional de Saúde, que a CRP considerava, na altura, universal, geral e gratuito;[9]
- subiram o montante das propinas (taxas) pagas pelos estudantes das Universidades públicas (cujo valor, fixado desde 1941, fora expressamente mantido pelo legislador em 1973).[10]

6.

Há uns 25 anos analisei a intervenção do TC no que concerne à preservação da Constituição Económica da Lei Fundamental saída da Revolução de Abril. Ocupei-me então, essencialmente, do Acórdão nº 25/85, atrás referido.[11] Não vou regressar a esta problemática.

Comentarei apenas os Acórdãos do TC referidos nas notas 9 e 10, o primeiro relativo ao Serviço Nacional de Saúde (SNS), o segundo sobre propinas (taxas pagas pelos estudantes) no ensino superior público.

6.1. - O TC ocupou-se por duas vezes, com relevância, do SNS.

Em 1984, o Acórdão nº 39/84[12] considerou inconstitucional um diploma legal que revogava a lei que criou o SNS, além do mais instituindo *vários serviços regionais de saúde* não integrados num *serviço nacional*. Entendeu o TC que o direito à saúde é um verdadeiro e próprio *direito fundamental* e que o SNS, criado em cumprimento de preceito constitucional (que proclama ser o direito à saúde realizado pela *criação de um serviço nacional de saúde universal e geral*), representa uma garantia da realização deste direito. Por ser assim, o Tribunal considerou que, uma vez criado o SNS, não é lícito ao Estado aboli-lo, pois tal significaria um atentado contra o próprio direito fundamental à saúde, que ele garante. A existência do SNS passa, ela própria, a gozar de proteção direta da Constituição, não sendo lícito ao Estado retroceder no caminho percorrido, ou seja, 'descumprir' o que já cumpriu.

6.2. - Não foi o TC tão coerente, a meu ver, quando analisou e decidiu a questão da imposição de taxas moderadoras pela utilização dos serviços do SNS (Acórdão referido na nota 9, *supra*).

Neste caso, penso que houve um recuo relativamente às condições de utilização de um serviço público (o prestado pelo SNS) que a CRP considerava *gratuito*. Pois bem. O TC começou por definir *gratuitidade*, proclamando que a gratuitidade do SNS não excluía radicalmente a possibilidade de o Estado exigir qualquer pagamento aos utentes desse serviço. Como quem resolve a quadratura do círculo, o TC admitiu que, afinal, um serviço público gratuito pode não ser gratuito, sendo legítimo, por isso, sujeitar ao pagamento de taxas o acesso à fruição das suas prestações.

Depois, silogisticamente, concluiu que o Estado podia exigir aos utentes do SNS o pagamento de taxas moderadoras, com o argumento de que estas taxas não

9 - Cfr. Acórdão nº 330/88, em *Acórdãos*…, Vol. 13º, Tomo I.
10 - Cfr. Acórdão nº 148/94, em *Acórdãos*…, Vol. 27º.
11 - Cfr. *A garantia das nacionalizações e a delimitação dos setores público e privado no contexto da constituição económica portuguesa, separata do Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LXI, 1985.
12 - Em *Acórdãos*...,Vol. 3º.

poderiam entender-se como uma contra prestação destinada a transferir para os utentes, ainda que parcialmente, o custo do serviço prestado pelo SNS, sendo apenas um instrumento para 'racionalizar' a utilização das prestações facultadas pelo SNS, 'moderando' o apetite das pessoas por esses serviços.

Quaisquer que fossem as boas intenções (creio que é destas que o inferno está cheio…), a verdade é que o TC declarou compatível com a Constituição um diploma legal que veio obrigar as pessoas a pagar uma taxa por utilizarem um serviço que a CRP declarava *gratuito* e que, até então, era *efetivamente gratuito*. Em consequência, as taxas moderadoras passaram a ser obrigatoriamente pagas por *todos os utentes* do SNS (salvo os declarados isentos), quer aqueles que 'abusavam' (como se faz a prova?) quer aqueles que a ele recorriam porque careciam desses serviços para defesa da sua saúde.

A história poderá ajudar-nos a compreender o que estava aqui em causa. Na verdade, logo na primeira revisão ordinária da CRP (que viria a ser aprovada por lei de 1982), a direita propôs – então sem êxito – a eliminação da garantia de gratuitidade do SNS, invocando, entre outros argumentos, o de que a *gratuitidade era incompatível com a fixação de taxas moderadoras*. O que parecia impossível à direita, no plano político, foi tornado possível, juridicamente, pela interpretação aberta que o TC fez da CRP.

Como a prudência sempre é boa conselheira, a revisão constitucional de 1989 veio alterar o texto da CRP, passando o SNS a ser considerado *tendencialmente gratuito*, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos (art. 64º, nº 2, al. *a*).

Confortado com estes 'progressos', um governo (do PS), apoiado pela maioria absoluta que detinha no Parlamento, veio mais tarde (2005) impor o pagamento de taxas moderadoras pagas por cada dia de internamento hospitalar e por cada intervenção cirúrgica. No entanto, é claro que aqui já não colhe o argumento da 'racionalização', da prevenção dos 'abusos' dos doentes no recurso aos serviços prestados pelo SNS, porque não são os doentes que determinam o seu próprio internamento ou declaram a necessidade de uma intervenção cirúrgica!

O perigo desta política que o TC 'legitimou' reside em que ela poderá conduzir a que se mantenha o SNS gratuito para os pobres, mas fazendo pagar os que podem. O resultado é conhecido: destruída a sua qualidade de serviço *geral*, *universal* e *gratuito para todos*, o SNS deixará de existir como um serviço público capaz de garantir a todos o direito à saúde, ficando reduzido a uma espécie de sopa dos pobres… Ora esta orientação viola gravemente o princípio da *universalidade dos direitos sociais*, que é um dos princípios fundamentais do moderno Estado providência, atribuindo a todos os cidadãos o direito de aceder a serviços públicos, em vez de, numa lógica de 'caridade pública', dar aos pobres, como esmola (discriminando contra eles), o acesso a tais serviços (saúde, educação, etc.), rapidamente degradados, porque com os pobres não se justifica gastar muito dinheiro…

7.

No meu citado estudo de 1985 defendi que o TC autorizou o legislador ordinário a *regredir*, a *andar para trás* no objetivo de construir o socialismo, apesar de a CRP definir como objetivos constitucionais a transição para o socialismo, a transformação da sociedade portuguesa numa sociedade sem classes, apostada em abolir a exploração do homem pelo homem, com base no princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção, solos e recursos naturais.

Sendo a transição para o *socialismo* um *processo*, parecia claro que cada passo dado neste sentido passava a integrar-se como valor do Estado de direito democrático, o que permitia a conclusão de que qualquer passo atrás no caminho já percorrido configurava uma violação do princípio constitucional da democracia económica e social (tal como o consagrava a CRP) e também uma violação do princípio do Estado de direito democrático.

No Acórdão de 1994 a que me reporto agora, o TC legitima de novo um claro retrocesso social, já que o aumento da taxa de frequência dos estabelecimentos públicos de ensino superior (Lei nº 20/92, de 14 de Agosto) representa, notoriamente, uma inversão da tendência para a progressiva gratuitidade do ensino superior público, tal como consagrada na CRP.

Com efeito, mesmo admitindo-se que não pode extrair-se do texto constitucional uma cláusula geral de proibição do retrocesso social (e não me parece pacífica esta conclusão, ao menos à luz do texto originário de 1976), parece incontestável que o art. 74º CRP, ao incumbir o Estado de "estabelecer progressivamente a gratuitidade de todos os graus de ensino", configura uma cláusula específica de proibição do retrocesso no que respeita à gratuitidade do ensino: o legislador ordinário pode e deve dar passos em frente no sentido da gratuitidade de ensino superior público, mas não tem o direito de legislar no sentido de andar para trás no caminho já percorrido.

Vem de longe o propósito da direita de eliminar a norma constitucional acabada de referir. O Parlamento, porém, nunca aprovou tal projeto. Mas legislou, quase vinte anos após a Revolução de 1974, no sentido de obrigar os estudantes a pagar uma parte acrescida dos custos do serviço prestado pelas universidades públicas.

Analisando este diploma legal, a maioria dos juízes do TC acordou no sentido de defender que o direito ao ensino superior público é um direito colocado sob reserva do possível. Isto é: as prestações a que os cidadãos têm direito só poderão ser exigidas se existirem recursos suficientes de que o Estado possa dispor para o efeito. Daí a conclusão de que cabe ao legislador ordinário determinar o conteúdo dessas prestações. Nem sequer se colocou a questão de saber se, neste caso concreto, faria algum sentido aduzir que o Estado não dispunha de recursos para manter tudo como estava, não subindo uma taxa cujo valor nominal se manteve inalterado durante mais de cinquenta anos, reduzindo-a, em termos reais, a um valor quase simbólico (muito próximo da gratuitidade efetiva).

No que toca aos direitos a prestações materiais do Estado colocadas sob a

reserva do possível, o TC defendeu que a Constituição não pode determinar o conteúdo exato de cada uma das prestações, e não pode também definir as condições ou pressupostos que devem enquadrar o processamento da respetiva atribuição. E acrescentou que a definição do conteúdo dessas prestações só pode caber ao legislador ordinário, por não ser admissível que essa função possa ser exercida pelos juízes (pelos tribunais), enquanto intérpretes e aplicadores do direito. Como se diz, com toda a clareza, na declaração de voto de um dos juízes do TC: "a divisão constitucional de poderes impede o juiz de se arvorar em legislador, nomeadamente em matéria de direitos sociais a prestações, através da organização de meios públicos para os proporcionar".

8.

Ainda que possa concordar-se com este enunciado, fica de pé a ideia de que, neste como em outros casos, o TC atuou como tribunal político, decidindo contra a Constituição, ao considerar compatíveis com ela (com os seus princípios e com o seu programa político) normas legais contrárias aos princípios e ao programa nela plasmados como imposição constitucional permanente.

E fazendo-o, como no caso em análise, com base em raciocínios de natureza política. Esclareço. A lei apreciada pelo TC relacionava o novo valor das propinas com os custos de funcionamento dos estabelecimentos de ensino superior, indiciando uma política no sentido de fazer recair sobre os estudantes e as suas famílias o dever de financiar uma parte acrescida dos custos do sistema de ensino superior público.

Aceitar este ponto de vista seria incorrer em grosseira violação do preceito constitucional que impõe ao Estado o dever de estabelecer (ainda que progressivamente) a gratuitidade de todos os graus de ensino. E o TC deu-se conta disto mesmo. Pois bem. Para ultrapassar esta dificuldade, o TC deliberou considerar compatível com a Constituição a subida do valor das propinas, mas apenas no limite da atualização do valor fixado em 1941, com base na inflação registada desde então. O raciocínio produzido no Acórdão em análise é um raciocínio essencialmente político: a simples atualização das propinas face ao crescimento geral dos preços – invoca o Acórdão - configura uma percentagem de atualização constitucionalmente admissível, representando o limite razoável dentro do qual se poderá falar da lógica constitucional da possível gratuitidade [a expressão constitucional é progressiva gratuitidade…] do ensino superior e não a lógica do pagamento parcial dos custos do ensino superior pelos respectivos utentes.

Ora, a meu ver, o que estava em causa não era saber se uma dada percentagem de atualização das propinas era *constitucionalmente admissível por ser razoável*: a CRP nunca fala de qualquer *limite razoável*, e ninguém sabe o que isso é. O que estava – e está – em causa é a questão de saber se a CRP admite uma qualquer atualização, ao arrepio do princípio da *progressiva gratuitidade* do ensino superior, que impede o Estado de retroceder no caminho já percorrido neste sentido.

Em síntese: embora proclamando que os juízes não podem 'legislar' no

sentido de proporcionar efetivamente aos cidadãos os direitos sociais a prestações, o TC mostrou-se disponível para permitir ele próprio, enquanto intérprete e aplicador da Constituição, que o legislador ordinário *legisle* no sentido de tornar mais distante a efetivação daqueles direitos.[13]

9.

Mais recentemente, já no âmbito da 'crise' que o capital financeiro especulador ofereceu ao mundo, o TC foi chamado a apreciar a inconstitucionalidade de leis (nomeadamente leis que aprovam o orçamento de Estado) que diminuíram os salários e as pensões dos trabalhadores do Estado e os privaram dos subsídios de férias e de natal.[14]

E o TC (ver, por exemplo, o citado Acórdão 396/2011), invocando *argumentos de facto* (não de direito, sendo que dos factos não podem extrair-se normas…) como *a gravidade da situação financeira do país e o que se passa em outros países* ('factos' estes que

13 - Num aresto posterior (Acórdão nº 509/02, em *Acórdãos*…, Vol. 54º), o TC levou mais a sério este princípio da *proibição do retrocesso social* (por vezes designado também na doutrina por *princípio da proibição da contra-revolução social* ou *princípio da proibição da evolução reacionária*), ao considerar inconstitucional um diploma legal que vinha retirar o direito (concedido por lei anterior) ao rendimento mínimo garantido (ou rendimento social de inserção) aos jovens compreendidos entre os 18 e os 25 anos de idade que dele precisassem para garantir o seu direito a um mínimo de existência condigna. O TC não seguiu a tese segundo a qual a obrigatoriedade de o legislador ordinário manter integralmente o nível de realização e os direitos por ele criados em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais eliminaria, na prática, a liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade que (ainda que limitadas) constituem elementos típicos e essenciais da função legislativa. Antes parece ter dado preferência à tese segundo a qual a obtenção de um certo nível de realização dos direitos económicos e sociais significa a constituição de uma garantia institucional e de um direito subjetivo, que, por sua vez, devem ser entendidos como um limite jurídico à liberdade de intervenção do legislador ordinário. Daqui extrai o TC a conclusão de que o princípio da proibição de retrocesso social obriga a considerar limitada a liberdade de conformação do legislador ordinário (e a auto-reversibilidade que lhe é inerente) na medida em que este não pode andar para trás relativamente ao núcleo essencial dos direitos económicos e sociais já realizados e concretizados através de medidas legislativas, núcleo que deve considerar-se constitucionalmente garantido.

O TC atribui, no entanto, importância relevante (talvez demasiada) ao chamado *princípio democrático* (i.é, o respeito pelos projetos políticos que saem vencedores pela vontade popular expressa em eleições livres), de modo a garantir a possibilidade de escolhas e de opções que dêem tradução ao pluralismo e à alternância democrática. Em nome desta ideia, defende o TC que o legislador ordinário pode escolher e alterar os instrumentos adequados a garantir o direito a um mínimo de existência condigna, desde que os instrumentos criados em alternativa aos que se substituem garantam, com um mínimo de eficácia jurídica, o direito a um mínimo de existência condigna. A decisão do TC no caso em apreço resulta da convicção do Tribunal de que esta última exigência não se verificava *in casu*.

14 - Podem ver-se, a este respeito, os seguintes acórdãos: Acórdão 3/2010, de 6.1.2010 (em http://www.dgaep.gov.pt/upload/Legis/2010_acordao_3_02_02:pdf); Acórdão 251/2011, de 17.5.2011 (em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110251.html); Acórdão 396/2011, de 21.9.2011 (em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html); Acórdão 613/2011, de 13.12.2011 (em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110613.html).

carregam consigo uma interpretação da realidade que não é unívoca, quando às causas e à natureza da crise e quanto ao conteúdo e aos objetivos das medidas adotadas para enfrentar), tem aceitado a suspensão, a anulação provisória [quem define o que é provisório? Quando acaba a suspensão? A *ofensa provisória* de um direito social fundamental deixa de ser inadmissível por ser provisória? A tortura é admissível, a título provisório, em tempo de crise?] dos direitos dos trabalhadores do Estado ao salário ou à pensão de aposentação (apesar de a CRP proclamar – art. 59º, nº 3 – que os salários gozam de *garantias especiais*), o que traduz um verdadeiro *confisco*, porque não se fala de reposição do que agora não é pago aos trabalhadores, nem se fala de indemnização destes pela 'expropriação' efetuada.

Devo dizer, em abono da verdade, que o TC está em sintonia com a opinião de alguns ilustres constitucionalistas portugueses que, perante a crise, vêm defendendo uma espécie de *suspensão da democracia*. Quando está em causa "a saúde pública [a 'saúde' da economia do país, segundo penso], a necessidade pública, a felicidade pública" – sustenta Gomes Canotilho[15] – perante a necessidade de "tomar decisões" nestas matérias, "não podemos olhar a grandes rigores normativos e a rigores constitucionais", porque "a felicidade pública é a lei superior".

Também Jorge Miranda aceita que, perante a 'emergência' [não diz o que é, nem quem a declara…], alguns direitos sociais podem ser afastados [quais? Quem os escolhe? Com que critério? E porque não alguns direitos, liberdades e garantias?], formulando o voto piedoso de que sejam apenas *suspensos*, não *definitivamente perdidos*. [Quem garante que assim seja? Ou ficamos dependentes da vontade dos 'deuses' que declaram a *situação de emergência*, que ninguém sabe o que é, nem a CRP de lhe refere?][16]

Perante a hipótese de o Tribunal Constitucional vir a declarar inconstitucional a *lei do orçamento*, Gomes Canotilho entende (entrevista referida) que seria "tapar o vento com as mãos" e Marcelo Rebelo de Sousa[17] diz que *isso não passa pela cabeça de ninguém*, sugerindo que o TC está 'condenado' a ficar calado, a não ver razões de inconstitucionalidade, ainda que elas existam, porque, *em caso de necessidade* [Quem a define? Quando começa? Quando acaba?], o poder político (Governo, AR, PR) pode fazer tudo, para 'salvar a pátria', mesmo que à margem da Constituição e da lei [e que tal 'suspender' o funcionamento do TC, por inútil, enquanto durar o Estado de necessidade? Sempre se poupava um dinheirito…].

Invoca-se a referida *principiologia* como quem invoca os poderes misteriosos de um deus oculto para 'legitimar' a substituição do *Estado de direito democrático* (o *Estado de direito constitucional*) por uma espécie de *Estado de exceção*, não por decisão do povo soberano, não em conformidade com qualquer procedimento previsto na Constituição, mas por decisão, segundo *puros critérios de oportunidade*, de um governo que goza,

15 - Entrevista à Antena 1, em 19.10.2011 (http://rtp.pt/antena1/index.php?t=Entrevista-a- Gomes-Canotilho.rtp&article=4171&visual=11&tm=16&headline=13).

16 - *Correio da Manhã*, 14.4.2012.

17 - *Apud* A. M. HESPANHA, ob. cit..

conjunturalmente, de apoio maioritário no Parlamento. Como se não soubéssemos que o recurso aos critérios de oportunidade (definidos pelos ditadores em consonância com os interesses que servem e os objetivos que prosseguem) integrou sempre o arsenal das armas utilizadas pelas ditaduras.

É aceitar que pode haver democracia sem Constituição, i.é, sem a subordinação dos órgãos de soberania ao normativo constitucional. É converter a *exceção* em *regra de vida*. É admitir que a 'razão de Estado' (a *politique d'abord*) prevalece sobre o direito, 'legitimando' o *Estado de não-direito*. É legitimar a barbárie como 'lei' ditada, inexoravelmente, pela *necessidade*, porque, segundo o velho brocardo (a constituição das constituições!), a *necessidade dita a lei*. Se a necessidade for muito forte, poderá mesmo ter de se aceitar o Estado fascista, porque, *perante emergências (=factos), não há argumentos*…

Esta postura (e a *principiologia* que a informa) está presente mesmo no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2012, de 5 de julho, que veio declarar inconstitucionais os artigos da lei que aprovou o orçamento de Estado para 2012 que determinaram o não pagamento do subsídio de férias e do subsídio de natal aos trabalhadores do Estado e aos pensionistas da Segurança Social. A razão invocada (porque a medida abrangia apenas os trabalhadores do Estado) é a violação do *princípio da igualdade* (art. 13º CRP), esquecendo o TC que, antes desse princípio, em nome de compromissos assumidos pelo governo, através de 'contratos' de natureza financeira celebrados com um grupo financeiro constituído pelo FMI, o BCE e alguns Estados-membros da UE, foram sacrificados *direitos dos trabalhadores* consagrados na CRP como *direitos fundamentais* (direito ao trabalho e à segurança no emprego, direito à segurança social, direito à retribuição do trabalho). Os preceitos constitucionais que consagram estes direitos fundamentais foram violados antes mesmo de ser violado o princípio da igualdade.

10.

Ao abrigo da versão originária da CRP (1976), cabia ao Conselho da Revolução (CR) apreciar a constitucionalidade das leis (apoiado em pareceres da Comissão Constitucional, que funcionava junto do CR), incluindo a competência de velar pela emissão das medidas necessárias ao cumprimento das normas constitucionais. No âmbito destas suas competências enquanto garante do cumprimento da Constituição, o CR podia, em caso de incumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, *recomendar* aos órgãos legislativos competentes que as emitissem em tempo razoável.

Atualmente (após a revisão da CRP de 1982), nos casos em que o TC concluir pela existência de *inconstitucionalidade por omissão*, a sua competência esgota-se no ato de *dar conhecimento* disso mesmo ao órgão legislativo competente (art. 283º, nº 2 CRP), não havendo lugar a qualquer *condenação* do órgão legislativo em falta, nem a

qualquer convite ou sugestão para que o órgão em falta cumpra o seu dever de legislar e, é claro, não se põe a questão de o TC 'legislar' para suprir a inconstitucionalidade por omissão. É, pois, claramente afastada qualquer ideia de *judicialização da política* ou do exercício pelos tribunais de qualquer outro poder do Estado para além do poder judicial e da função jurisdicional.

Apesar desta alteração – justificável porque o CR não era um tribunal, mas um órgão do poder político assente na legitimidade revolucionária – as competências do TC relativas às situações de inconstitucionalidade por omissão poderiam ser uma outra via de este Tribunal decidir em matérias com implicações na esfera das políticas públicas.

Deve dizer-se, porém, que o próprio Tribunal entende que esta é uma área de competência especialmente melindrosa, por se inserir na *fronteira da separação dos poderes*. Talvez por isso, a intervenção do TC só pode ser requerida, para este efeito, pelo Presidente da República e pelo Provedor de Justiça. E a doutrina acompanha o comedimento do TC no exercício desta competência.

A verdade é que poucas vezes o TC foi chamado a decidir sobre situações deste tipo e mais raramente ainda o fez em áreas que impliquem a definição de políticas públicas. O caso mais próximo destas áreas é o analisado no Acórdão nº 474/02, de 19-11-2002, proferido na sequência de um requerimento do Provedor de Justiça pedindo ao TC a apreciação e verificação de *inconstitucionalidade por omissão* resultante da falta das medidas legislativas necessárias para conferir plena exequibilidade, relativamente aos trabalhadores da função pública, ao direito à assistência material, quando involuntariamente se encontrarem em situação de desemprego (art. 59º, nº 1, al. e) CRP).[18]

O TC começou por salientar que a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem de ser suficientemente precisa e concreta para que o Tribunal possa determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, *sem ter de se pronunciar sobre opções políticas eventualmente diversas*. Por outras palavras: para que o TC possa declarar a verificação de inconstitucionalidade por omissão, é necessário que exista uma situação específica de violação da Constituição, caraterizada pelo facto de o legislador ordinário não ter atempadamente conferido exequibilidade a uma norma constitucional suficientemente densificada (e não exequível por si mesma).

Se estes pressupostos não se verificarem (v.g. por serem praticamente ilimitadas as possibilidades deixadas pela Constituição ao legislador ordinário), o TC sustenta não ser viável a declaração da inconstitucionalidade por omissão, porque a verificação jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão *não pode assentar em um juízo político*: ao determinar o incumprimento do dever de legislar, o TC só poderá socorrer-se de *critérios estritamente jurídicos*.

Perante o pedido concreto acima referido, o TC entendeu que a assistência

18 - Em *Acórdãos*…, Vol. 54º.

material a que se refere a norma do art. 59º CRP atrás referida tem de assumir necessariamente a forma de uma prestação específica, diretamente conexionada com a situação de desemprego involuntário, prestação que deve obrigatoriamente ser integrada no âmbito da segurança social, não podendo ser estabelecida sem intervenção prévia de uma medida legislativa.

Tanto o TC como a generalidade da doutrina portuguesa entendem que a inconstitucionalidade por omissão só pode ser declarada quando *uma concreta norma constitucional* impuser ao legislador ordinário o d*ever constitucional de concretizar uma imposição constitucional concreta*. Quer dizer: não pode declarar-se inconstitucionalidade por omissão em razão de incumprimento do *conjunto de princípios e imposições constitucionais*. Pretende-se, deste modo, evitar que o TC possa ser colocado em condições de ter de decidir *em função de critérios extra-jurídicos*, entrando no campo dos *juízos políticos e das escolhas políticas*.

No caso em apreço, o TC admitiu a existência de uma específica e concreta imposição constitucional de o legislador ordinário estabelecer uma prestação que corresponda a assistência material aos trabalhadores – incluindo os da Administração Pública – que se encontrem em situação de desemprego involuntário. E entendeu que o legislador tinha cumprido o seu dever de legislar no sentido de assegurar o direito à assistência material a *alguns trabalhadores* em situação de desemprego involuntário, mas tinha deixado de fora a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública. Assim sendo, o TC concluiu pela existência de *omissão parcial* do *dever constitucional de emanar normas* destinadas a garantir aos trabalhadores em situação de desemprego involuntário o direito a assistência material. E considerou que essa omissão parcial era bastante para declarar a existência de *inconstitucionalidade por omissão*, por ser mais do que suficiente, para tanto, o lapso de tempo decorrido desde a entrada em vigor da CRP.

11.

A realidade brasileira é, como se verá, muito diferente do que se passa em Portugal.

Sensível às aspirações e às exigências da população, o STF tem procurado resolver alguns problemas delicados que o Congresso não estaria disponível para resolver, ajudando talvez a aliviar tensões, ao mesmo tempo que faz ver aos demais poderes do Estado que não podem continuar a 'ignorar' a vontade difusa dos cidadãos no sentido de encontrar soluções para problemas que se arrastam há anos.

Esta sensibilidade às realidades da vida terá levado o STF a resolver, pela via judicial, questões que deveriam ter sido resolvidas pelo legislador ordinário. Estou a pensar, por exemplo, no caso da fidelidade partidária e no caso da proibição da exibição em público de pessoas algemadas.

Creio que o STF andou bem nas decisões que tomou nestes casos.

Mas esta não é uma prática normal por parte do Poder Judiciário na Europa (onde alguns destes problemas nem sequer se colocam, por se encontrarem resolvidos a nível legislativo). Acresce que, no Brasil, o instituto das *súmulas vinculantes* permite ao STF trans-

formar as suas decisões em verdadeiras 'normas constitucionais', que devem ser cumpridas por todos os juízes brasileiros enquanto o STF as não revogar. É, realmente, um enorme poder o que assim é assumido pelo Poder Judiciário.

Reconheço que, muitas vezes, o Judiciário se limita a ocupar o espaço deixado livre pela inação, pela incapacidade (ou irresponsabilidade), do Legislativo e do Executivo, ocupados por interesses que muitas vezes não coincidem com os dos cidadãos eleitores.

Mas a consciência disto mesmo não me permite aceitar que tal atuação não configura, em regra, violação clara (às vezes grosseira) do princípio da separação dos poderes. As deficiências do Poder Legislativo (e também do Poder Executivo) em termos de representatividade e de legitimidade não se resolvem pelos caminhos da *judicialização da política*, porque esta arrasta consigo a politização da justiça, uma e outra indesejáveis e nocivas ao desenvolvimento da democracia. A solução passa por uma reforma do sistema político (que não pode ser feita pelos tribunais), uma reforma que ponha termo ao Estado de *ancien régime* (do tipo daquele que Adam Smith tinha perante si quando defendeu o *Estado mínimo*), ocupado por uma elite que o utiliza como se fosse coisa sua, para se atribuir privilégios e para manter o seu estatuto privilegiado.

12.

No que concerne ao direito à saúde, começarei por dizer que não conheço nenhum caso de um cidadão português (creio que o mesmo se passa nos outros países da Europa) que tenha ido a tribunal pedir a condenação do Executivo a adotar as medidas adequadas à efetivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento).

No Brasil, como é sabido, o STF tem defendido a tese de que cabe nas competências do Poder Judiciário evitar que as omissões do poder político (nomeadamente do Executivo) façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição, assumindo que, "quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária".

O meu interesse pela problemática relativa às competências dos tribunais na efetivação do direito à saúde surgiu em 2009, no dia em que o correio electrónico trouxe à minha mesa de trabalho uma sentença de um juiz alagoano que concedeu liminar, a requerimento do Ministério Público, no sentido de determinar a *contratação de educadores sociais suficientes* para garantir as atividades de ressocialização de adolescentes detidos em Unidades de Internação.[19]

Invocando a jurisprudência do STJ, este juiz sustentou que, "estando cabal e plenamente comprovado o descaso com que o Estado vem tratando as Unidades de

19 - Ação Civil Pública, Proc. nº 2.293/04, 1ª Vara de Infância e Juventude de Maceió, sentença de 06.12.2006.

Internação da capital, não resta outro direcionamento ao Poder Judiciário, a não ser compelir, através do bloqueio de numerário, o gestor público a cumprir com as obrigações aqui sentenciadas, todas com fundamento na prioridade absoluta constitucional e na proteção integral com as questões afetas aos adolescentes e jovens internos".

Concedida a liminar, o Executivo cumpriu algumas das tarefas que lhe tinham sido cometidas pelo juiz. Na decisão da questão de fundo, o mesmo juiz definiu um extenso e pormenorizado *programa de ação* (com os pontos ainda não executados), condenou o Estado a cumpri-lo no prazo de noventa dias e ordenou o bloqueio de um milhão de reais da conta única do Estado – inclusive da sua reserva de contingência, se necessário – e o seu depósito em conta aberta na Caixa Económica Federal, cometendo à Secretária Estadual de Cidadania e Direitos Humanos a competência para gerir esta conta, afeta, por decisão do juiz, ao cumprimento do programa de ação por ele próprio definido.[20]

Como se vê pela leitura do trecho transcrito da sentença, ela contém um verdadeiro *programa de política pública* que o juiz *definiu*, talvez sem se dar conta de que não tem competência constitucional para tanto. Como não tem competência para decidir qual o destino das verbas consignadas no orçamento: elas só podem ser afetadas aos

20 - É este o núcleo central do *programa de ação* definido pelo juiz: "satisfação, manutenção e higienização do preparo dos alimentos; assegurar, em cada uma das Unidades, locais adequados e específicos para que os adolescentes possam guardar seus objetos pessoais; elaborar e iniciar projeto de assistência religiosa; solução do problema do abastecimento de água nas Unidades, inclusive com a substituição dos equipamentos danificados; formação de equipe e elaboração de projeto para assegurar aos internos atendimento médico, deontológico, psicológico e de assistência social, inclusive com a construção de estrutura física adequada; aquisição e manutenção de medicamentos indispensáveis aos atendimentos médicos básicos; retorno imediato das atividades curativas de odontologia, com a construção de consultório odontológico; separação dos internos, de acordo com as idades, compleição física e gravidade do ato praticado, em todas as Unidades; separação por estabelecimentos das internas privadas de liberdade e em cumprimento de medida provisoriamente; capacitação dos profissionais das Unidades, com cronograma atual de atividades; elaboração e execução de programa para participação e visita dos pais e familiares e atendimento às famílias dos internos; aquisição de um veículo utilitário adequado e de uma ambulância para as Unidades; regularização e regulamentação do processo de escolarização, integral, com todas as peculiaridades e obedecendo ao grau de alfabetização dos internos; crie e mantenha equipe e local adequados, dentro das Unidades de Internação, para atendimento aos jovens internos que necessitem de tratamentos para dependentes de substâncias toxicómanas; bem como mantenha em funcionamento aqueles deferidos e adimplidos, quais sejam, a manutenção da escola dentro da Unidade; o plano de atendimento individual; as aulas de informática para todos os internos das Unidades; as atividades culturais, esportivas e de lazer, com acompanhamento psico-pedagógico e profissional; o fornecimento de bens indispensáveis à higiene, vestuário e ao uso pessoal dos internos; a manutenção das oficinas de reciclagem de papel, do laboratório de música e do circo; a manutenção das oficinas produtivas; a implantação de programa para controle da documentação de todos os internos, a designação de profissionais nas áreas médicas de clínica geral, pediatria e psiquiatria, nutrição e odontólogos, para atendimento diário das Unidades".
Aqui está um juiz que não se inibe de *definir políticas públicas*. Saberá ele alguma coisa destas matérias? Como Juiz, não sabe nem é necessário que saiba. Mais importante: alguém o mandatou para tal função? É claro que não.

fins públicos previstos na *lei do orçamento*, que os tribunais não podem alterar.

A fundamentação da decisão deste juiz assenta no argumento da "prioridade absoluta" conferida aos direitos das crianças e dos adolescentes no art. 27 da Constituição Federal e no art. 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).[21] Com esta base, o juiz entende que "alegar falta de recursos públicos é uma falácia, para não se utilizar um termo mais pejorativo, pois se a Constituição Federal prevê uma prioridade e em sendo esta absoluta, *não deveria haver investimentos em outros setores de uma Administração Pública, antes de se atender a estes ditames.* (…) Se aquilo que a nossa Carta Magna reputa como prioridade absoluta o Estado desobedece, o que se dirá das demais legislações e determinações judiciais, que tiram suas competências e eficácias da Constituição Federal, porém com hierarquia inferior a esta. Será isto Estado Democrático de Direito? Evidentemente, não".

Pode acontecer que os direitos das crianças e dos adolescentes, aos quais é conferida *prioridade absoluta* (conceito que não me parece fácil de definir e de tornar operacional) não estejam a ser devidamente acautelados pelas políticas levadas a cabo pelo Executivo. Mas a censura deste cabe ao Parlamento e aos cidadãos eleitores. E daquela *prioridade absoluta* não pode deduzir-se a competência do Poder Judiciário para *definir políticas públicas*. Se os tribunais enveredam por este caminho estão eles próprios a violar gravemente a Constituição e a negar o Estado democrático de direito.

13.

Mas a verdade é que, neste âmbito dos direitos das crianças e adolescentes, os tribunais brasileiros têm extraído da referida "prioridade absoluta" consequências particularmente incisivas quando do atendimento e do tratamento especializado de crianças e adolescentes dependentes de entorpecentes e de drogas.

Alguns Tribunais de Justiça decidiram que, à luz do disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90), o Estado é obrigado a criar, instalar e manter os programas e mecanismos necessários para que os adolescentes infratores em cumprimento de medidas sócio-educativas de internamento possam efetivamente beneficiar de um processo de ressocialização que permita reinseri-los na família, na sociedade e no Estado. Nesta matéria, o TJ/RS defendeu expressamente que "a discricionariedade, bem como o juízo de conveniência e oportunidade submetem-se à regra da prioridade absoluta insculpida no art. 4º do ECA e no art. 227 da CFB".[22]

Em 2007, o Ministério Público do Estado de Alagoas (Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude da Capital e Ministério Público do Trabalho) intentaram Ação Civil Pública contra o Município de Maceió, com base na violação dos direitos humanos, económicos, sociais e culturais de crianças e adolescentes na Orla Lagunar de Maceió.

21 - Art. 227º da Constituição de 1988: "É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão".
22 - TJ-RS, Ap. Cível nº 5979097906, julgado em 22.04.1998.

Concedida a liminar, as exigências nela impostas foram apenas parcialmente cumpridas. Na decisão final, o juiz, invocando jurisprudência dos tribunais superiores, condenou o Município a cumprir integralmente o extenso e complexo programa definido na sentença com o objetivo de "tirar estas crianças e adolescentes [das zonas lagunares de Maceió] das condições de miserabilidade em que vivem".[23] A sentença determina igualmente o bloqueio de um milhão e quinhentos mil reais da rubrica de contingência do Município e o depósito dessa importância em conta corrente no Banco do Brasil ou na Caixa Económica

23 - Este o programa imposto pelo Juiz ao Município:" 1 – Formar uma comissão multidisciplinar de profissionais do Município, a serem acompanhados pelos autores [o Ministério Público] ou profissionais por eles indicados ou ainda pelo respetivo Conselho Tutelar da região, não componentes da estrutura deste juízo, para realizar um perfil sócio-econômico das crianças e adolescentes da comunidade da Orla Lagunar, no prazo de 90 (noventa) dias, identificando cada criança e adolescente pelo nome, idade, endereço, nome dos pais se possuem registro de nascimento ou qualquer outro documento de identificação, como sobrevivem, se passam fome, se já sofreram violência doméstica, se são vítimas de violência sexual, se estão na escola, se saíram da escola e por quê, se trabalham, se passam o dia na rua, se usam drogas, se seus pais são dependentes químicos, entre outras necessárias à identificação exata da situação de risco em que se encontram; **2** – Oferecer condições adequadas, no prazo de 60 (sessenta) dias, para o funcionamento do Conselho Tutelar das Regiões I e II, dentre as quais: segurança, combustível em quantidade suficiente, computadores em perfeito estado, verba de custeio, pessoal de apoio e número telefónico gratuito (0800) para recebimento de denúncias de abuso, exploração e violência contra crianças e adolescentes, em caráter ininterrupto (24 horas), para que o referido Conselho possa exercer adequadamente suas atividades de proteção das crianças e adolescentes das regiões em que atuam, inclusive na comunidade da Orla Lagunar; **3** – Apresentar um cronograma, em 30 (trinta) dias, para que seja ampliada a rede municipal de proteção à criança e ao adolescente, com a abertura de ABRIGOS para crianças e adolescentes, de ambos os sexos, em situação de risco, com ATÉ 18 ANOS INCOMPLETOS, com capacidade de atendimento das situações emergenciais identificadas no diagnóstico requerido no item 1 e deferido, a funcionar no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a partir do diagnóstico; **4** – Ofertar creche em horário integral e educação infantil, em quantidade suficiente a atender à população de 0 a 6 anos da referida comunidade, apresentando o Município cronograma de abertura das unidades necessárias e critérios para preenchimento das vagas à medida da abertura, em até 30 (trinta) dias a com prazo estipulado para funcionamento em no máximo 180 (cento e oitenta) dias; **5** – Assegurar as matrículas de todas as crianças e adolescentes em idade escolar de ensino fundamental, que não estejam matriculadas, imediatamente, a partir do levantamento inicial; **6** – Apresentar propostas de políticas públicas a serem implementadas pelo Município com abrangência suficiente e ofertando soluções de curto, médio e longo prazo para a referida população, no prazo de 90 (noventa) dias após o resultado do perfil apresentado; **7** – Incluir no Projeto de Lei Orçamentária de 2008 as verbas necessárias para implementação das políticas públicas a serem executadas no ano, bem como nos anos seguintes, observando-se a s reais necessidades da população infanto-juvenil; **8** - Utilizar a reserva de contingência do Município, caso este não apresente rubrica orçamentária diversa para fazer face às despesas com o cumprimento das medidas liminares ora concedidas; **9** - Implementar ações visando à expedição de registros de nascimento das crianças, adolescentes e pais residentes na região para incluí-los em Programas Sociais e transformá-los em Cidadãos; **10** - Promover campanha permanente de conscientização, por intermédio dos mais diversos meios de comunicação, acerca da proibição do trabalho infantil, inclusive o doméstico, da prostituição infantil e males à saúde causados por drogas e, ainda, a importância do papel da sociedade na denúncia destes temas ao Conselho Tutelar da Região, explicitando que o Conselho Tutelar para cumprir mo seu papel deve encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança e do adolescente, dentre outros, assim considerado o trabalho infantil, nos moldes do art. 136, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90)".

Federal, *confiando a movimentação dessa conta ao Ministério Público Estadual e do Trabalho*, que prestarão contas a seguir. Em caso de incumprimento, o Juiz condenou ainda ao pagamento de multa diária o Município (R$ 10.000,00), o Prefeito (R$ 300,00) e o Secretário Municipal de Ação Social (R$ 200,00), aos quais comete ainda o encargo de "comprovarem o efectivo cumprimento deste decisum, num prazo máximo de 30 dias".[24]

Como pode um juiz cativar verbas de um orçamento aprovado por lei e afetá-las a fins diferentes dos previstos na lei do orçamento? Os juízes não podem alterar leis aprovadas pelo legislativo. E como pode um juiz confiar ao Ministério Público o manuseamento dessas verbas? Tenho por indiscutível que não cabe na competência do Ministério Público administrar verbas do orçamento de um município. Esta sentença configura, por isso, uma insustentável usurpação dos poderes do Legislativo e do Executivo.

Mas este juiz vai mais longe, não se coibindo de formular estes princípios de filosofia política: "enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, alimentação, transporte adequado, atividades culturais e esportivas, infantes e jovens afastados da prostituição e do trabalho degradante, enfim, condições dignas de vida para crianças e adolescentes, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o bem estar, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam apenas para demonstrar o poder do governante".

É todo um 'programa político', por certo cheio de boas intenções, que não me custa subscrever. Mas o problema é outro: quem conferiu mandato a esse juiz para impor o 'seu' programa aos cidadãos e aos órgãos de governo politicamente legitimados? No caso concreto, será que este juiz ouviu o povo soberano para saber a sua opinião?

Em coerência com estes pontos de vista, este juiz deve considerar inadmissível que se vão gastar muitos milhões de reais nas obras indispensáveis para acolher a Copa do Mundo/2014 e os Jogos Olímpicos/2016, quando há tantas crianças a passar fome e miséria. Pode até dar-se o caso de ele ter razão. Mas, se fosse ouvido em referendo, o que diria o povo? Daria razão ao juiz? De qualquer modo, nenhum juiz (e nenhum tribunal) não pode arvorar-se em 'intérprete' da vontade do povo e muito menos pode querer impor as suas *escolhas políticas* como se fossem as escolhas do povo. Para fazer as *escolhas políticas* em *representação* dos cidadãos eleitores se elegem os parlamentos e estes aprovam os programas dos governos e a legislação que estes devem cumprir na definição e execução das políticas públicas.

Tive conhecimento de outras decisões deste tipo tomadas por tribunais de Maceió. E admito que as condições sociais desta cidade e da região sejam particularmente duras, justificando por certo toda a *compreensão humana* para com a atuação do MP e dos tribunais. Mas não é de 'boas intenções' que estou a tratar aqui. Esforço-me por fazer um juízo *jurídico-constitucional* sobre os arestos analisados e não um *juízo moral*

24 - Proc. Nº 4.830/07, 28ª Vara Cível da Capital – Infância e Juventude, sentença de 10.09.2007. na sequência de Apelação Cível interposta pelo Município de Maceió (nº 2008.000779-2), a 1ª Câmara Cível do TJAL confirmou a sentença do Juiz de 1ª instância (Acórdão nº 1-0523/2010, de 25.08.2010), salvo no que toca ao nº 7 do programa referido na nota anterior (inclusão de verbas no orçamento do ano seguinte).

sobre o comportamento das pessoas envolvidas no processo decisório jurisdicional.

14.

A leitura destes arestos estimulou-me a procurar informação complementar, que tive de limitar àquele domínio dos direitos sociais em que parece ser mais frequente a intervenção dos tribunais. Refiro-me ao direito à saúde, relativamente ao qual são em grande número as decisões de Tribunais de Justiça reconhecendo o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicamentos ou tratamento a pessoas doentes e condenando o Estado ao pagamento de multa diária por não cumprimento deste dever.

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que "é lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a *mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos*".[25]

Um outro aresto do STJ sustenta igualmente que o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se adequem às peculiaridades de cada caso, incluindo o recurso à medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado.[26]

Em uma ação julgada em 21.08.2008, o STJ decidiu com esta amplitude: "Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado de Direito Democrático como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, *há-de superar quaisquer espécies de restrições legais*".[27] [28]

A jurisprudência do STJ tem sido sempre, aliás, no sentido de reconhecer o dever do Estado de fornecer gratuitamente os medicamentos de comprovada necessidade às pessoas que não podem arcar com tal ónus [sublinhado meu. AN] , deixando antever, nesta formulação, um enviesamento relativamente à filosofia do serviço público de saúde, tal como o encara a Constituição Federal de 1988: o serviço público de saúde deve ser universal, geral e gratuito para todos. Quando passar a ser gratuito só para os pobres, passará a ser uma obra de caridade…, perderá rapidamente qualidade e ficará fora do normativo constitucional.

25 - REsp 832.317/RS, julgado em 19.09.2006, DJ 08.11.2006, 178.

26 - AgRg 750.966/RS, julgado em 09.05.2006, DJ 19.05.2006, 203.

27 - AgRg no REsp 1002335/RS, publicado em 22.09.2008.

28 - Ver Recurso Ordinário em Mandato de Segurança 2008/0264294-1, julgado em 02.06.2009, DJ 17.06.2009.

15.

Em alguns dos casos submetidos a tribunal, o Executivo tem invocado a *falta de recursos públicos* para atender a pretensão de quem interpôs ação contra o Estado, trazendo à colação a *teoria da reserva do possível* e tem argumentado também que, *no quadro da separação dos poderes*, é competência do Legislativo fazer as *escolhas políticas* sobre a prioridade a atribuir a cada uma das várias políticas públicas e tomar as *decisões políticas* sobre os recursos financeiros (e outros) a afetar a cada uma delas, cabendo ao Executivo, segundo critérios de *conveniência* e de *oportunidade*, o poder-dever de gerir os recursos previstos no orçamento do Estado, com vista à concretização do Programa do Governo aprovado pelo Legislativo, ao qual cabe também o dever de fiscalizar a sua aplicação e de censurar o Governo, se for caso disso.

O STJ tem defendido, no entanto, que "o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador", reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para exigir ao Executivo "a execução de política específica, (…) incluindo a tutela específica para que seja *incluída verba no próximo orçamento*, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas". [29]

Partindo do princípio de que cabe ao Poder Judiciário a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e *a efetivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos*, os tribunais brasileiros (incluindo o STJ e o STF) extraem dele, como que *silogisticamente*, a conclusão de que estes direitos devem prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico, inclusive *acima dos critérios de conveniência e de oportunidade da Administração Pública.*

A decisão que fez 'escola' é uma decisão do STF negando provimento a um recurso do Estado de Santa Catarina de um aresto do TJ do Estado que confirmava a decisão de um Juiz de primeira instância que condenara o Executivo a colocar 63 mil US dólares à disposição do requerente, dentro de 48 horas, para que ele pudesse tratar-se numa clínica dos EUA, determinando depois, perante o recurso do Estado junto do TJ, o 'confisco' dessa verba e ordenando ao Banco do Estado de Santa Catarina (que administra a receita do Estado) a entrega imediata do dinheiro ao requerente, sob pena de condenação pelo crime de desobediência qualificada.[30]

Estes os termos da decisão do STF, mediante despacho do seu Presidente em exercício: "Quando em conflito a obrigação estatal de tornar efetivas as prestações de saúde em favor de cidadãos considerados individualmente e o dever-poder do Estado de gerenciar os escassos recursos disponíveis, tornando efetivas as políticas previstas

29 - Recurso Especial 2002/0169619-5, julgado em 11.11.2003, DJ 15.03.2004 [Eu é que sublinho. AN]. Outras decisões do STF (e de vários Tribunais de Justiça) vão no mesmo sentido, especialmente para compelir os municípios (ou o estado, em geral) a *inscrever no respetivo orçamento verba necessária* para assegurar o funcionamento de programas de tratamento de menores dependentes de álcool e toxicómanos (REsp 493.811-SP, julgado em 11.11.2003; Medida Cautelar 2003/0091 138-3, julgado em 16.09.2003, DJ 20/10/2003).

30 - O processo (AgRegPet 1246-1-SC) está disponível disponível em www.stf.gov.br

nas contas públicas, tem decidido este Supremo Tribunal Federal que «entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, *um interesse financeiro e secundário do Estado* [sublinhado meu. AN], entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida»".[31]

16.

Receio que se tenha ido longe demais. Não consigo entender a sobranceria que leva os tribunais a sustentar que os argumentos invocados pelo Executivo traduzem *meros interesses financeiros e secundários do Estado*, não sendo admissíveis, nestas matérias, *disputas menores* sobre a legislação, muito menos sobre *verbas*.

Esta sobranceria (que roça a demagogia) tem marcado com frequência a atuação dos tribunais nesta matéria, incluindo o próprio STF. Recordarei apenas um aresto de 2008, em que, por maioria de votos, foi negado provimento a um recurso apresentado pela União, inconformada com uma decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, contrariando a decisão do Juiz de 1ª instância, condenou a União a pagar a deslocação e o tratamento em Cuba a um grupo de pessoas que neste país pretendiam tratar-se de uma doença do foro oftalmológico, que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia, em parecer junto aos autos, considerava não ter tratamento específico, nem no Brasil nem em qualquer outro país.

No STF, alguns ministros votaram o provimento do Recurso Extraordinário interposto pela União (RE 368564), argumentando que a deslocação a Cuba, paga com dinheiros públicos, seria inócua e alegando também que o Judiciário, em especial o STF (enquanto guardião dos valores constitucionais), não pode "definir de maneira pontual e individualizada como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde".

Pessoalmente, considero muito acertada esta última observação e a conclusão dela extraída. Mas a maioria votou o não provimento do recurso, condenando a União a pagar a deslocação daqueles doentes a Cuba.

Um dos ministros começou por alegar: "Eu não posso compreender que se articule a inexistência de lastro económico-financeiro para se negar um tratamento à saúde a um cidadão". Apetece dizer: Que bom seria se o Estado tivesse dinheiro para satisfazer todos os direitos sociais de todos os cidadãos! E justificou assim o seu voto: "*Pelo que leio nos veículos de comunicação*, o tratamento dessa doença, com êxito, está realmente em Cuba". Quer dizer: os jornais é que sabem de oftalmologia, o parecer do Conselho Brasileiro de

31 - Invocando a obrigação do Estado de socorrer *doentes pobres*, o TJRS proclama, com absoluto à vontade, que "em matéria tão relevante como a saúde descabem *disputas menores* sobre a legislação, *muito menos sobre verbas*, questão de prioridade" (TJRS – 1º Gr Cciv. MS 592140180. J. 03/03/93. Em *Biblioteca dos Direitos da Criança* ABMP, Vol. 01/97). Veremos à frente que não se trata de questões menores, mas de questões essenciais. [sublinhado meu. AN]

Oftalmologia não é para levar a sério…

Outro dos ministros justificou o seu voto deste modo: "Eu sou muito determinado nessa questão da *esperança*. Nunca *acreditei* na versão de que o tratamento em Cuba da retinose pigmentar não tinha cura, pelo contrário, eu entendo que *se eles são especialistas nisso, deve haver uma esperança com relação a essa cura*". Em nome da fé (ou da crendice) e da esperança, condena-se a União a pagar, sem ao menos se pedir um outro parecer que pudesse infirmar o do CBO. Com todo o respeito, acho que o que está em causa é demasiado importante para ser decidido com tanta ligeireza.

O art. 196º da Constituição Federal de 1988 dispõe: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e económicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." A meu ver, o que esta norma constitucional determina, com toda a clareza, é que o direito à saúde é um *direito coletivo*, um *direito de todos* ao *acesso universal* e *igualitário* às prestações dos serviços de saúde; um direito que o Estado deve garantir através de políticas públicas sociais e económicas, e não apenas através do tratamento na doença e da entrega de medicamentos, mas antes, prioritariamente, através de medidas que visam a promoção da saúde e a prevenção e redução do risco de doença.

Fazendo tábua rasa deste preceito constitucional, o STF parece concebê-lo, porém, como um *direito individual*, cujo cumprimento pode ser exigido diretamente através de uma ação judicial, como se os problemas relacionados com o direito à saúde fossem problemas de *justiça cumutativa* (dos quais devem ocupar-se os tribunais) e não problemas de justiça distributiva (cuja ponderação e solução só podem caber a órgãos políticos legitimados pelo sufrágio universal).[32]

Os Tribunais entendem que podem dispor de dinheiros públicos (mesmo que não inscritos no orçamento da saúde) para financiar *planos individuais de saúde* (em regra de indivíduos bem colocados na vida), pouco lhes importando que, deste modo, impeçam ou dificultem o financiamento público de direitos sociais de milhares de cidadãos, de entre os mais pobres, os mais vulneráveis e os mais desprotegidos. Na síntese de Fernando Scaff, "aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual".[33]

Se as pessoas com estatuto social e com rendimento acima da média pretendem utilizar os recursos do SUS devem fazê-lo como toda a gente: vão aos centros de saúde e aos hospitais, cumprem as regras estabelecidas e esperam a sua vez de ser atendidas. Os tribunais não podem servir como porta de acesso privilegiado a uns quantos privilegiados, em prejuízo dos mais pobres, violando grosseiramente o princípio constitucional da igualdade e ofendendo a dignidade e o direito à vida e à

32 - Cfr. A. MAUÉS, "Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil", em *A Eficácia dos Direitos Sociais* (Org: F. SCAFF, M. REVENGA e R. ROMBOLI), São Paulo, Quartier Latin, 2010, 257-273.
33 - Cfr. F. SCAFF, *"Direito à saúde e os tribunais"*, em A. J. AVELÃS NUNES e F. F. SCAFF, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, 109/110.

saúde dos mais pobres, a pretexto de garantir o direito à vida e à saúde dos mais ricos.

A meu ver, o contraste entre o *direito individual* (o *interesse individual*) e o *direito coletivo* (o *interesse coletivo*) não é um "falso dilema", como alguns querem fazer crer. Invocar o 'sagrado nome' da Constituição para justificar o financiamento público de planos de saúde individuais, sacrificando o direito de todos à saúde, mediante adequadas políticas sociais e económicas, é, guardadas as distâncias, um verdadeiro sacrilégio.

17.

O STJ, por sua vez, tem entendido não considerar ingerência do Judiciário na esfera do Executivo a imposição judicial de que o Executivo satisfaça, nos termos determinados pelo tribunal, um direito social previsto na Constituição, a requerimento de um qualquer cidadão: "Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. (…) Quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, *impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade*, ainda que para isso resulte *obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária*. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no Estado de direito *o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu"*.[34]

É verdade: o Estado de direito democrático é um Estado vinculado à Constituição e à lei. Mas o STF parece querer colocar-se *acima dos poderes*, ignorando que esta vinculação abrange também o Poder Judiciário, que *não pode exercer funções e tomar decisões que não cabem nas suas competências constitucionais*. A este propósito, importa, aliás, salientar que, sendo o orçamento aprovado por uma *lei do orçamento* do Poder Legislativo, carece de legitimidade o ato de um juiz que se proponha *alterar essa* ***lei***, modificando a afetação das receitas constante da *lei do orçamento*, ou que cometa ao Executivo o *dever* de a alterar para poder cumprir a sentença do juiz. Nem o Poder Judiciário nem o Poder Executivo podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo. Aceitar o contrário seria abrir um caminho perigoso do ponto de vista da estrutura do Estado de direito democrático.

18.

O Acórdão do STF referido *supra* (nota 31) classifica como *interesse financeiro e secundário do Estado* a invocação pelo Executivo da *escassez de recursos* para atender os pretensos direitos subjetivos (de todos e de cada um) a obter os tratamentos ou os medicamentos que poderiam ajudar a recuperar a saúde do demandante. E, partindo do pressuposto de que ele é um *interesse secundário e menor* (talvez até *desprezível*, por se tratar de dinheiro…), conclui o STF que ele não merece ser atendido quando está

34 - Resp. 753565/MS; Recurso Especial 2005/008658-2, 1ª Turma, 27.03.2007, em DJ 28.05.2007, 290.

em causa o direito à saúde, o direito à dignidade humana e o direito à vida, talvez porque, como costuma dizer-se, a saúde, a dignidade humana e a vida *não têm preço*. Este poderá ser um belo discurso moralista (demagógico?), poderá aliviar a nossa (má?) consciência, mas creio que não poderá ser levado a sério, nem do ponto de vista jurídico nem mesmo do ponto de vista político.

Porque *não podemos fugir a certas verdades estruturantes da vida e do direito.*

Talvez possa dizer-se que nunca será *absolutamente impossível* encontrar os recursos necessários para satisfazer uma certa prestação de medicamento ou de tratamento. Mas não é isto o que está em causa quando se invoca a escassez de recursos em oposição às decisões de tribunais como as referidas.

O que é verdade e é relevante é que não há – em nenhum país do mundo! – recursos financeiros bastantes para atender, sem limites, *todas* as exigências de *todos* quanto à satisfação plena dos direitos sociais, económicos e culturais. E – é bom lembrar – também quanto à efetiva realização dos clássicos direitos, liberdades e garantias.

Porque a satisfação destes direitos de liberdade também exige do Estado a realização de despesas, porventura mais avultadas do que as feitas nas prestações positivas a que obriga a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais. Nas sociedades capitalistas, a defesa do direito de propriedade (dos direitos dos proprietários) exige segurança (dos bens, dos negócios, dos contratos). Esse é o papel do direito, dos tribunais, das polícias e de todos os aparelhos de defesa e segurança. E, em muitos países, o Estado gasta muito mais dinheiro em defesa e segurança do que na saúde, na educação, na habitação…

E como os recursos financeiros ao dispor do Estado são sempre escassos para satisfazer plenamente *todos os direitos de todos,* é necessário, em primeiro lugar, *escolher* qual a parte desses recursos que se destina a cobrir as despesas decorrentes da satisfação dos direitos, liberdades e garantias e qual a parte que vai cobrir as despesas com as prestações do Estado para tornar efetivos os direitos económicos, sociais e culturais.

E esta é uma *escolha política*. A questão em aberto é, pois, uma questão essencial das sociedades democráticas e do Estado democrático, e não uma *questão menor*. E as *escolhas políticas* que ela implica não podem ser os tribunais a fazê-las, porque *não têm, para isso, qualquer legitimidade democrática.* Tais escolhas só podem ser feitas pelos órgãos previstos na Constituição, democraticamente legitimados pelo sufrágio popular.

E é necessário, em segundo lugar, distribuir os recursos financeiros afetados à satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais de modo a atender a cada um destes vários direitos (saúde, educação, trabalho, habitação…). E esta distribuição exige de novo escolhas políticas, que não cabem na competência dos tribunais.

Se tomarmos apenas o direito à saúde e se aceitarmos que ele só pode

efetivar-se através de políticas públicas adequadas, facilmente concluiremos que estas políticas não podem reduzir-se – ao contrário do que parece ser o ponto de vista dos tribunais brasileiros – à prestação de serviços médicos e ao fornecimento de meios de diagnóstico, intervenções cirúrgicas e medicamentos, segundo os interesses de cada pessoa que se encontre doente (ou segundo os interesses das multinacionais farmacêuticas que se servem dos doentes para fazer negócio).

Os fatores que condicionam a saúde das comunidades humanas são fatores económicos, sociais e culturais muito complexos, pelo que as políticas de saúde – que devem atender a todos eles – hão-de ser necessariamente políticas complexas, que passam pela habitação, pela alimentação, pelo fornecimento de água potável, pelo saneamento básico, pela educação, pelo lazer, pela organização de serviços de cuidados primários de saúde, pela vacinação em massa, e que incluem também o funcionamento de hospitais onde se tratam os doentes com recurso aos meios de diagnóstico disponíveis e aos conhecimentos médicos, e a equipamentos tecnologicamente avançados e a medicamentos sofisticados, que a comunidade possa oferecer a *todos* os cidadãos em *igualdade de condições*.

É claro que os tribunais não têm *capacidade técnica* para equacionar e decidir estas questões. Como é claro que, nestas matérias, é necessário fazer *escolhas políticas*, porque em nenhum país o Estado (a sociedade) dispõe de recursos financeiros bastantes para satisfazer *todas as necessidades de saúde de todas as pessoas*. E não é uma *questão secundária* (relativa ao vil metal…) a questão de saber – especialmente em países pouco desenvolvidos, como é o caso de Portugal e do Brasil – se deve dar-se prioridade às despesas com a *saúde comunitária* (chamemos-lhe assim), no quadro de políticas estruturadas, programadas e geridas com critérios de eficiência e ética, ou se devem privilegiar-se as despesas com meios de diagnóstico, tratamentos e medicamentos que satisfaçam as *necessidades individuais* de determinados doentes (ainda por cima se estes forem apenas a escassa minoria que tem condições para pagar a um advogado e ir a tribunal exigir a sua satisfação).

Mais uma vez, estamos na esfera da política: a questão enunciada é uma *questão política*, que exige uma *resposta política*. E esta não pode ser pedida aos tribunais, porque tal não cabe nas suas competências enquanto órgãos de soberania. Não posso, por isso, aceitar a tese da jurisprudência brasileira segundo a qual o Poder Judiciário tem toda a legitimidade para intervir nesta matéria, sempre que o Executivo não dê cumprimento às normas constitucionais a este respeito. Na minha opinião, não cabe ao Poder Judiciário controlar o cumprimento dos programas de governo apresentados pelo Executivo: esta é uma competência do Parlamento. Se o Executivo adota políticas erradas ou insuficientes, ou se não adota quaisquer políticas, o juízo sobre o seu comportamento é um *juízo político*, que só pode caber ao Parlamento e, em última instância, ao povo soberano. Esta é também a opinião de Gomes Canotilho: "O poder judiciário faz política quando se proclama como o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orienta-

ções das instituições político-representativas e quando se assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade."[35]

19.

À luz do que acabo de dizer, entendo, aliás, que não será fácil, em regra, apurar se estamos ou não perante *incumprimento da Constituição* quando algum doente não encontra nos serviços públicos de saúde o meio de diagnóstico, o tratamento, os equipamentos ou os medicamentos que podem proporcionar-lhe esperança de cura ou alívio na doença.

Talvez tenhamos de admitir que a própria definição do conteúdo do direito à saúde (e o conteúdo dos direitos sociais em geral) está sempre dependente da equação financeira que consta do orçamento do Estado (em sentido amplo), pois é nele que se encontram plasmadas as *opções e as decisões políticas* sobre a afetação dos recursos públicos à prossecução dos diversos fins do Estado através de políticas públicas que se traduzem em prestações específicas.

E, sendo assim, não se vê como aceitar que os tribunais possam caraterizar como *incumprimento da Constituição* a atitude do Executivo quando este, perante a *lei do orçamento* aprovada pelo Poder Legislativo, alega *não dispor de recursos públicos* para atender a pretensão de quem recorre ao tribunal invocando o seu (pretenso) *direito individual à saúde* para pedir a condenação do Executivo (do Estado) a satisfazê-lo.

20.

Suponhamos que alguém só pode ter esperança de cura se beneficiar de um transplante (de coração, de fígado, de rim…). Neste, como em outros domínios, a capacidade dos serviços públicos de saúde é limitada. Por isso há listas de espera. Pode um tribunal decidir que o doente que veio perante ele pleitear pela satisfação do seu *direito subjetivo à saúde* (e do seu *direito à vida*) deve ser atendido com prioridade relativamente aos outros cuja situação o Juiz não conhece?[36]

E será justo admitir que, perante dificuldades de resposta do sistema público de saúde, os tribunais possam condenar o Estado a pagar as despesas com a deslocação ao estrangeiro, o internamento hospitalar, a cirurgia, o tratamento e os medicamentos em outro país? Poderá o tribunal recorrer ao discurso formal de que os direitos à vida e à saúde são direitos fundamentais *indiscutíveis* (*absolutos*?) garantidos pela Constituição, de que é obrigação do Judiciário torná-los realidade, de que a questão do dinheiro é uma questão menor, para concluir que este doente tem todo o direito a

35 - Texto de 2009 distribuído aos alunos de um seminário de doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra, citado por Jussara Maria Pordeus e SILVA, "Ativismo Judicial e o Papel do Ministério Público Brasileiro na Efetivação das Políticas Públicas: o caso do Amazonas", em Umberto Machado de OLIVEIRA e Leonardo Fernandes dos ANJOS (Coords.), *Ativismo Judicial*, Curitiba, Juruá Editora, 2010, 281.

36 - O doente já terá todo o direito de ir a tribunal pedir reparação se puder provar que algum outro doente foi (ou está para ser) beneficiado passando á sua frente, só porque é amigo do administrador do hospital, ou é do partido do Governo, ou é amigo do Prefeito… Mas estas são outras questões.

ser tratado num país estrangeiro à custa de dinheiros públicos?

Neste caso, por respeito ao *princípio da igualdade*, o tribunal deveria averiguar quais os doentes em lista de espera para um transplante e garantir a todos (com prioridade para os que esperam há mais tempo) o tratamento no estrangeiro. E, então, as coisas complicavam-se. Como todos compreenderemos, este tipo de soluções esgotaria rapidamente os recursos destinados à proteção e à promoção da saúde de todos e atingiria mortalmente a organização, a eficiência, e a racionalidade do serviço público de saúde, pondo em causa o *direito à saúde* e o *direito à vida* da grande maioria da população, em especial os mais pobres e indefesos.

Se os problemas (da vida e do direito) se resolvessem através de silogismos, a resposta teria de ser positiva: o direito à saúde, à dignidade e à vida são direitos fundamentais indiscutíveis; as questões de dinheiro são questões menores; logo, pague o Estado aquilo que for necessário para recuperar a saúde de alguém que provou em tribunal precisar dessa ajuda. Mas *a vida não cabe em silogismos*, nem o raciocínio jurídico e a justiça se esgotam neles.

21.

Consideremos uma outra situação. Suponhamos que os habitantes de uma certa localidade fazem prova em tribunal de que se justifica – à luz dos melhores critérios técnicos e de justiça social – a criação nessa localidade de um hospital ou que se justifica o apetrechamento do hospital já existente com o equipamento que permita o diagnóstico ou o tratamento de certas doenças e com pessoal médico e outro, ou com a ampliação e melhoria das instalações. O que faz o tribunal? Pode ordenar a construção do hospital ou a ampliação das instalações, ou a compra de novo equipamento, ou a contratação de mais pessoal?

É inequívoco que está aqui em causa o direito à saúde da comunidade que habita naquela localidade. Mas pode o tribunal deferir o pedido daquela comunidade, invocando o *incumprimento da Constituição* por parte do Executivo?

Eu entendo que não. Os tribunais não podem alterar os orçamentos aprovados pelo Legislativo, pelo que também não podem capturar verbas do orçamento da União, de um Estado ou de uma Prefeitura, mandar depositá-las no Banco do Brasil e cometer a uma entidade pública (o próprio Executivo ou outra) o encargo de gastar aquela verba no cumprimento da decisão do tribunal.

Muito menos podem os tribunais *impor ao Executivo a inscrição nos orçamentos de anos vindouros* das verbas afetas à prossecução dos objetivos políticos que eles julgam prioritários. Era o que faltava! Compete *exclusivamente* ao Poder Executivo apresentar ao Parlamento a proposta de lei do orçamento, e é *competência reservada* do Poder Legislativo a aprovação da *lei do orçamento*. Porque o orçamento traduz opções políticas que só os órgãos políticos do Estado podem fazer, estando elas vedadas aos tribunais. Em todos os países é assim. A única competência que cabe aos tribunais (especialmente

àqueles que exercem a função de tribunais constitucionais) é a de, nos termos da Constituição e da lei, declararem, se for caso disso, a inconstitucionalidade de determinadas normas da lei do orçamento.

Vamos admitir que uma decisão judicial consagra a obrigação de uma Prefeitura, um Estado ou a União inscreverem no(s) orçamento(s) de ano(s) vindouro(s) determinada verba destinadas à prossecução de objetivos que o tribunal, em seu juízo, considera prioritários. E vamos admitir também que o Executivo – até para evitar a condenação dos seus titulares pelo crime de desobediência qualificada, ameaça a que os tribunais recorrem sistematicamente – propõe a inscrição dessa verba no orçamento. Mas o Legislativo – ao qual cabe a competência para aprovar o orçamento – não concorda com a proposta e retira do orçamento aprovado a respetiva rubrica, atribuindo a importância em causa a outra finalidade. Numa situação destas, o que faz o tribunal? Aplica multas aos membros do Legislativo que votaram no sentido acima referido? Condena-os por crime de desobediência qualificada? Ou substitui-se ao Legislativo e manda inscrever no orçamento a rubrica que, no uso das suas competências constitucionais, os deputados recusaram por ser outra a sua *opção política*?

22.

Um outro exemplo ainda no âmbito da saúde pública. Suponhamos uma cidade atravessada por um curso de água onde são despejados esgotos e lixos vários, que poluem aquele curso de água, com grave perigo para a saúde pública. Se o MP ou outra entidade com legitimidade processual para tanto requerer em tribunal a condenação da Prefeitura, do Estado e/ou da União a fazer as obras de saneamento básico e todas as demais necessárias à cabal despoluição do ribeiro que atravessa a cidade, o que faz o tribunal?

Está em causa o direito à saúde e o direito à proteção do ambiente, direitos que o Estado é obrigado a respeitar e a tornar efetivos. E não se diga que são obras muito caras e complexas, que levam tempo a planear e a executar, alongando-se por alguns anos. A situação é mais complicada do que quando se trata de satisfazer uma pessoa que reivindica o pretenso *direito individual* a obter do Estado, gratuitamente, um determinado remédio ou tratamento médico. Mas a mesma lógica silogística em que assentam as decisões dos tribunais quando se trata de conceder, individualmente, tratamentos ou medicamentos gratuitos impõe – por maioria de razão, porque está em causa o *direito de toda uma comunidade* – a solução de condenar o Estado a fazer as obras. Nem que para tanto seja necessário congelar verbas do orçamento da Prefeitura ou do Estado ou transferir dinheiro do orçamento da União, sendo que – vamos admitir – nenhum destes orçamentos prevê qualquer verba com aquele destino.

Creio que não será legítimo invocar, neste como em outros casos facilmente imagináveis, que as questões orçamentais só são "questões menores" quando se trata de (relativamente) pouco dinheiro. Porque o que verdadeiramente está em causa –

repito – é a questão de saber se os tribunais *podem alterar as leis do orçamento* aprovadas pelo Poder Legislativo por proposta do Poder Executivo (ambos responsáveis politicamente pelas opções políticas que esses orçamentos traduzem). E também a questão de saber se podem os tribunais mandar inscrever em orçamentos de anos subsequentes verbas para prosseguir determinados objetivos políticos.

Na minha opinião, os tribunais não podem fazer nada disto! Estas competências estão constitucionalmente reservadas ao Poder Legislativo!

23.

Em 18.10.2007, disse o Ministro da Saúde numa sessão pública: "agora o Judiciário está prescrevendo, tirando o lugar do médico, e isso está criando um peso enorme de financiamento do sistema [público de saúde]". Segundo o Ministro, os Estados da União desembolsavam cerca de US$ 250 milhões por ano com decisões judiciais ordenando gastos com medicamentos e tratamentos de saúde não previstos nas normas jurídicas brasileiras. A União, por sua vez, tinha desembolsado, só nos primeiros nove meses de 2007, cerca de US $13 milhões no que ele chamou de "judicialização da saúde".[37] Como o 'negócio' não parou de crescer, em 2011 a União foi demandada em 7.200 ações, que terminaram com a condenação do Governo Federal a despender 243 milhões de reais na cobertura destes *planos individuais de saúde* oferecidos pelo Judiciário a um punhado de privilegiados.[38]

Mas este é um 'negócio' ainda mais florescente ao nível dos Estados e dos municípios, porque os advogados se deram conta de que é mais fácil ganhar as ações quando as entidades públicas demandadas pertencem aos escalões mais baixos.

Em alguns Estados, como o do Rio Grande do Sul, a comunicação social fala de milhares de ações envolvendo medicamentos, que comprometeram US $13 milhões em 2006 (25% do orçamento total da Secretaria de Saúde daquele Estado), sendo que, desse total, cerca de US $10 milhões tramitam através de bloqueio direto de dinheiro na conta corrente do Estado. E as notícias informam também que "alguns tipos de fraudes vêm ocorrendo neste processo, tal como a obtenção do dinheiro para compra de automóveis, ao invés dos alegados medicamentos".[39]

No Estado de São Paulo, os tribunais impuseram em 2010 despesas com planos de saúde individuais no montante de 700 milhões de reais, para atender cerca de 25.000 pacientes, subtraindo ao SUS quase metade dos recursos financeiros orçamentados para distribuição regular de medicamentos a toda a população paulista.

No interior de SP, há casos de pequenos municípios de 15 mil habitantes em que o pagamento de uma só cirurgia imposta pelo tribunal absorveu cerca de 17% do

37 - Informação colhida em F. SCAFF, "Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira", em F. SCAFF, R. ROMBOLI e M. REVENGA (Coord.), *A Eficácia dos Direitos Sociais*, Quartier Latin, São Paulo, 37.

38 - Informações colhidas em Cristiane SEGATTO, "O paciente de R $800 mil", em revista *Época*, 24.3.2012.

39 - Cfr. F. SCAFF, "Sentenças Aditivas…, *cit*., 94.

orçamento municipal para a saúde, mais de metade do qual foi destinado a cumprir decisões dos tribunais.

No Ceará, o Estado foi condenado a fornecer a quatro pacientes um medicamento caríssimo ainda não comercializado no Brasil, absorvendo esta prescrição dos tribunais 67% do orçamento do Estado para a compra de medicamentos básicos destinados a responder a necessidades de todos os habitantes do município de Fortaleza.

"De médico e de louco todos temos um pouco", diz-se na minha terra. Receio que os tribunais brasileiros estejam a ser particularmente atingidos por uma espécie perigosa de 'loucura', a de atuar como se fossem médicos. Na verdade, em 2011, os tribunais paulistas condenaram o Estado a despender 80 milhões de reais em produtos "indispensáveis à saúde", como: sabão de coco em pó, escova de dente, antisséptico bocal, xampu anticaspa, pilhas, copos descartáveis, chupetas, papel toalha, creme fixador de dentaduras, filtros de água, óleo de soja, creme de leite, amido de milho, farinha láctea. Parece mentira, mas é verdade, se fizermos fé na jornalista Cristiane Segatto, atrás citada.

Em termos gerais, penso que estes não são os caminhos que podem garantir uma *política pública de saúde ao serviço das populações*. Esses caminhos acabarão por desorganizar e descapitalizar qualquer política pública de saúde. O desvio de fundos para tratamentos ou medicamentos por medida (muitas vezes caríssimos) vai necessariamente retirar fundos a outras valências de uma política séria de saúde, que por certo beneficiarão um número de pessoas muito maior e com menores rendimentos. Esses caminhos não conduzirão a maior igualdade no acesso aos cuidados de saúde, nem à melhoria da qualidade dos serviços públicos de saúde, nem a maior justiça social. Antes pelo contrário. Estas 'receitas' judiciais são receitas infalíveis para matar o SUS.

É imperioso perguntar: este tipo de atuação dos tribunais brasileiros ajuda a cumprir a Constituição ou acentua o desrespeito dela? Respondo com palavras do Prof. Fernando Scaff: "Há no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando diretamente o *direito à saúde* previsto no art. 196 da Constituição, através de um sistema de Justiça Constitucional difusa. Confundem-se *direitos individuais* com *direitos sociais*. Faz-se de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas. (…) Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abaladas financeiramente, e comprometida sua capacidade de implementação."[40]

Em boa verdade, a jurisprudência corrente dos tribunais brasileiros nesta matéria traduz-se na *utilização de dinheiros públicos para satisfazer verdadeiros planos de saúde privados*. Trata-se, a meu ver, de uma *verdadeira subversão da Constituição.*

24.

A vida ajuda-nos a compreender que não é através dos tribunais que se pode melhorar o nível de realização efetiva do direito à saúde, numa lógica de *inclusão social.*

Um exemplo.

40 - "Sentenças Aditivas…, *cit.*, 94.

Um laboratório americano lançou há poucos anos no mercado um medicamento que alivia as consequências de um determinado tipo de anemia. O medicamento (que não está à venda no Brasil) não cura a doença e o tratamento de um só doente implica uma despesa mensal de 70 mil reais (840 mil reais por ano).

A cura da doença só pode conseguir-se através do transplante de medula, que custa no SUS 50 mil reais. Como é sabido, o transplante implica riscos e não garante a cura de todos os pacientes. Mas o medicamento em causa, além de não curar a doença, comporta igualmente riscos para os pacientes.

A verdade é que se tornou conhecido no Brasil um médico de um hospital de elite que receita o referido medicamento e inclui na receita a indicação de um advogado que tem ganho em juízo todas as ações interpostas para obter em juízo a condenação do Estado a pagar, com dinheiros públicos, o tratamento destes doentes, que nem sequer se dão ao trabalho de procurar solução junto do SUS.

Acontece que aquele médico é pago pelo laboratório que produz o medicamento para fazer palestras sobre a doença e o tratamento. E o advogado indicado pelo médico é remunerado por uma ONG que recebe apoio financeiro do mesmo laboratório. "Isto virou uma grande indústria", comentou o Secretário de Saúde de SP, Estado que, só em 2011, foi condenado a fornecer o dito medicamento a 34 pacientes. Façamos as contas para saber quanto custa este *privilégio* garantido pelos tribunais a uns quantos privilegiados: *28 milhões e quinhentos e sessenta mil reais por ano*. Este é o montante do subsídio concedido pelos tribunais de SP, só em 2011, a tão *mafiosa indústria*. Com efeito, mais do que os pacientes beneficiados, quem mais ganha com esta 'justiça justiceira' são as grandes multinacionais farmacêuticas.

O escândalo é ainda maior se soubermos que um só frasco do medicamento em causa custa 35 mil reais, tanto como milhares de doses de medicamentos para combater a hipertensão, que poderiam salvar a vida a milhares de cidadãos brasileiros.[41]

Outro exemplo, talvez ainda mais concludente para deitar por terra a lógica dos que pretendem tornar efetivo o direito à saúde através de decisões judiciais avulsas.[42] Suponhamos duas doenças que afetam 1,9 milhões de brasileiros (cerca de 1% da população): a hepatite viral crónica C e a artrite reumatóide. Feitas as contas, se todos estes doentes exigissem e ganhassem em tribunal o direito a receber do Estado os dois medicamentos mais recentes para tratar cada uma destas duas doenças, o cumprimento dessas decisões judiciais exigiria um esforço financeiro de 99,5 bilhões de reais, verba superior ao orçamento disponível (87,5 bilhões de reais) para todas as ações e serviços públicos de saúde (diagnósticos, tratamentos, internamentos, cirurgias, ações de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras).

41 - Sobre este caso, ver Cristiane SEGATTO, *ob. cit*.

42 - Este exemplo é retirado de um trabalho de Octávio Luiz MOTTA FERRAZ e Fabiola SULPINO VIEIRA: "Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante", em DADOS – *Revista de Ciências Sociais*, RJ, Vol. 52, nº 1/2009, 223-251.

Com inteira razão, concluem os Autores do estudo em que me apoio:[43] "Uma interpretação do direito à saúde como direito ilimitado ao consumo de tecnologias em saúde, por ser faticamente impossível, pode ser alcançado apenas ao custo da *universalidade* e, consequentemente, da *equidade* de todo o sistema de saúde. Como não se pode dar *tudo a todos*, dá-se *tudo a alguns* e, necessariamente, *menos*, ou *nada*, a outros", sendo estes os mais pobres, assim esbulhados do seu *direito à saúde* e privados da sua *cidadania* e da sua *dignidade*.

Não posso evitar esta conclusão: a interpretação seguida pelos tribunais brasileiros faz da Constituição um instrumento de *exclusão social*, contrariando abertamente o objetivo de *inclusão social* que presidiu à consagração constitucional dos direitos económicos e sociais como direitos fundamentais.[44]

25.

As questões que venho levantando a propósito do direito à saúde colocam-se em termos idênticos (talvez até mais impressivamente) quando se consideram outros direitos sociais.

25.1. - Tomemos o direito ao trabalho, que é um direito fundamental estreitamente ligado ao respeito da *dignidade da pessoa humana*, porque só ele garante que o homem-trabalhador *ganhe dignamente a sua vida e se realize como pessoa*. Tendo em consideração que o *direito ao trabalho* não é respeitado e concretizado através da atribuição de um subsídio de desemprego ou de um qualquer subsídio destinado a garantir o mínimo de subsistência, pode um trabalhador desempregado de longa duração ir a tribunal requerer ao juiz que condene o Estado a proporcionar-lhe um *posto de trabalho* que lhe permita uma *vida digna*?

Se um trabalhador está desempregado contra a sua vontade, o seu direito fundamental ao trabalho, garantido pela Constituição, não está a ser garantido. Poderá o tribunal entender que se verifica *incumprimento da Constituição* e condenar o Estado a adotar as medidas necessárias para que aquele direito fundamental se torne realidade? Não sei bem como.

E se uma confederação sindical instaurasse uma ação do mesmo tipo, em nome de todos os trabalhadores que se encontrem naquela situação (e que podem ser milhões)? O que faria o tribunal? Mandava o Estado criar postos de trabalho para todos os desempregados? Mobilizava recursos orçamentais para fazer executar a sua decisão? Aplicava multas ou condenava por desobediência qualificada os membros do Executivo que não proporcionassem um posto de trabalho a todos os desempregados? Provavelmente, o tribunal declarava-se incompetente. E faria bem, a meu ver.

43 - Cfr. MOTTA FERRAZ/SULPINO VIEIRA, *ob. cit.*, 243.

44 - "Os serviços públicos caraterizadores dos direitos sociais não foram formulados para ser desfrutados isoladamente. Foram formulados para ser desfrutados por toda a coletividade, não pela lógica da *exclusão*, mas pela lógica da *inclusão*" (cito um interessante artigo de Liana Cirne LINS, "Judicialização da Saúde e Tutela Individual: uma Crítica Processual sobre a Concretização Excludente dos Direitos Sociais", em *Revista de Direito do Estado*, Ano 5, nºs 19/20 (jul-dez/2010), 273-292.

Na mesm ótica, essa deveria ser a atitude dos tribunais perante ações como aquelas que venho analisando.

25.2. - Dificuldades do mesmo tipo podem verificar-se se tomarmos, por exemplo, o direito à educação. O que faria um tribunal se uma associação de pais (ou outra entidade com legitimidade processual para tanto) viesse pedir que o juiz condenasse o Estado a adotar todas as medidas necessárias para que o serviço público de educação deixe de ser de má (ou até de péssima) qualidade e atinja os níveis das escolas privadas frequentadas apenas por aqueles que podem pagar o elevado preço da sua frequência, os mesmos que, em fase posterior, ganham o direito de preencher as vagas oferecidas pelo ensino superior público, inteiramente gratuito, e cuja qualidade é, em regra, muito superior à dos estabelecimentos privados?

Poderá dizer-se que oferecer um ensino público de má qualidade é uma forma de *incumprimento* (ou de *imperfeito cumprimento*) *da Constituição* no que concerne à garantia de um direito fundamental. Se o juiz – para ser coerente com a jurisprudência adotada em matéria de medicamentos – entendesse que o correto era deferir o pedido, saberia ele quais as medidas necessárias? E onde iria ele buscar o dinheiro para melhorar milhares de escolas, para as equipar melhor, para pagar melhor aos professores (a fim de atrair para a profissão gente de qualidade), para fornecer aos alunos refeições e livros gratuitos, etc.? E quem iria executar essas medidas?

É claro que os tribunais são incompetentes para garantir a efetivação do direito à educação enquanto direito social.

25.3. – Vamos à vida buscar mais um exemplo. No último grande terremoto no Haiti milhares de pessoas morreram porque viviam em barracas, em condições degradantes, em claro desprezo pela dignidade humana dessas pessoas. Vamos admitir que a tragédia tinha ocorrido no Brasil.

O MP proporia aos tribunais a condenação do Estado a pagar indemnizações por danos morais e materiais às famílias daqueles que viram negado o seu direito à vida porque o Estado não cumpriu a Constituição, na medida em que não proporcionou àquelas famílias uma habitação condigna?

E se, antes de morrerem, estas pessoas tivessem vindo requerer ao tribunal que condenasse o Estado a entregar-lhes uma casa bem construída, que respeitasse a sua dignidade de pessoas humanas e os direitos dos seus filhos e prevenisse o risco da própria vida? Poderia o tribunal garantir uma casa condigna a cada uma dessas pessoas? E, perante o que agora aconteceu, será correto pretender que o MP requeira ao tribunal a condenação do Estado a entregar uma casa condigna aos milhares de pessoas que ficaram sem nada e aos muitos milhares que continuam a viver nas mesmas condições infra-humanas?

25.4. - Um caso extremo, para ilustrar as minhas perplexidades.

Suponhamos que todos os habitantes de todas as favelas e todos os sem abrigo do Rio de Janeiro, invocando o seu *direito à habitação*, o respeito devido à *dignidade humana e os direitos de todas as crianças e adolescentes* que nelas vivem (direitos, estes últimos,

cuja satisfação goza, nos termos da lei, de *prioridade absoluta*), intentavam uma ação judicial requerendo a entrega de uma habitação condigna a cada família. Tenho para mim que a *direito à habitação* é dos que mais ligação tem com o respeito pela dignidade humana, para além de ser indispensável para garantir o direito à saúde e todos os direitos das crianças a condições de vida que as salvem da fome, do analfabetismo, da mendicidade, da prostituição, da criminalidade, da degradação enquanto pessoas.

Assim sendo, o que faria o juiz? Mandaria bloquear o orçamento do Estado do RJ e da Prefeitura do RJ para mandar construir as habitações necessárias? E confiaria a gestão desse dinheiro e a gestão do projeto de construção civil ao Ministério Público? Creio que não. Provavelmente, declarava-se incompetente. E os comentadores que aplaudem as decisões dos tribunais que concedem medicamentos gratuitos ou tratamentos no estrangeiro diriam, certamente, que os autores da ação estavam loucos ou estavam a fazer uma provocação ao Estado democrático…

26.

As dificuldades e as dúvidas que quero exprimir através destes exemplos colocam-se também, a meu ver, quando se trata de garantir a efetividade de *direitos, liberdades e garantias*, porque também estes, como é sabido, implicam a realização de despesas pelo Estado.

26.1. - Vejamos. O Estado deve garantir a *segurança de pessoas e bens* e esta garantia corresponde à realização de um direito fundamental. Pergunta-se: o que poderá fazer um tribunal se os habitantes de um edifício de muitos pisos, de uma determinada rua ou de um certo bairro, vítimas de ações frequentes de violência (assaltos a habitações, furto de automóveis, violações, assassinatos…), provarem em juízo que tal acontece por falta de policiamento adequado e requererem ao Juiz que mande instalar (ou reforçar em efetivos e equipamentos) uma esquadra de polícia ou mande destacar uma força policial permanente para o local?

O raciocínio que 'legitima' um tribunal a ordenar a entrega do medicamento gratuito deveria levar o tribunal a deferir o requerido neste caso. Suspeito, porém, que será muito mais difícil encontrar defensores para esta solução. Na minha ótica, a resposta deve ser a mesma, mas diferente da que vem sendo dada pela jurisprudência brasileira para os casos de pedidos de medicamentos ou tratamento médico: estes direitos só podem ser garantidos através de políticas públicas adequadas e não cabe aos tribunais defini-las nem executá-las, nem sequer fazer *juízos políticos* sobre a bondade ou o grau de cumprimento delas. Disto se devem ocupar os Parlamentos e o povo soberano.

26.2. - Um outro exemplo. Descontentes com a morosidade da justiça, um grupo de cidadãos lhe vem requerer em tribunal a condenação do Estado a criar mais uma (ou duas, ou três…) comarcas numa grande cidade, ou a nomeação de mais oficiais de justiça, ou a construção de tribunais mais modernos, melhor equipados e mais funcionais. Certos tribunais já têm condenado Estados por prejuízos causados a

este ou àquele cidadão em virtude da morosidade da justiça. Mas esta é uma questão diferente. Perante ela, o que faria o juiz? Creio que a resposta não seria tão fácil como nos casos em que um doente vem pedir a entrega de um medicamento. E, no entanto, em ambas as situações estão em causa direitos fundamentais. Esta questão – dir-se--á – é uma *questão política* e os tribunais não têm competência nem meios para intervir na esfera da política. Pois não. Mas então deveriam admitir o mesmo quando está em causa o direito à saúde, que, nos termos da Constituição, *é garantido pelo Estado mediante políticas económicas e sociais*, e não *mediante decisões avulsas dos tribunais.*

27.

Em 17.3.2010 o STF votou um importante acórdão sobre as matérias de que aqui me venho ocupando, cujo relator foi o então Ministro-Presidente Gilmar Mendes. Sobre ele deixarei uma breve reflexão, menos profunda do que ele merece.

27.1. - A propósito da resolução da matéria diretamente em causa no recurso de agravo interposto pela União, o STF abordou a caraterização do direito à saúde como *direito fundamental social* à luz do art. 196 CF, analisou a questão das políticas públicas no âmbito da *separação dos poderes* e o problema da *judicialização da política*, procurando definir parâmetros dentro dos quais os tribunais devem resolver os casos concretos que envolvem o direito à saúde.

Ao fim e ao cabo, trata-se de saber se um tribunal pode ou não condenar o Estado a fornecer gratuitamente a um dado doente um certo medicamento ou meio de diagnóstico ou determinado tratamento, o que, em termos mais gerais, obriga a responder à questão de saber *se, como e em que medida* o direito à saúde configura um *direito subjetivo público a prestações positivas do Estado*, passível de garantia pela via judicial.

Na minha leitura, este aresto pode significar, até pelo particular cuidado poto na sua elaboração, uma primeira tomada de consciência, por parte do STF, de que se foi longe demais na afirmação do Poder Judiciário como 'representante' dos cidadãos que estão "contra as orientações das instituições político-representativas" do Estado e como titular de uma espécie de "poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade". Oxalá não me engane neste diagnóstico. Porque tenho para mim que só a própria comunidade (ou os seus representantes eleitos) tem o direito de revelar e manifestar os seus valores fundamentais. Só o Poder Legislativo tem legitimidade democrática para formular as orientações fundamentais (as opções políticas) do Estado. Só o Poder Executivo tem competência para executar as políticas públicas definidas pelo Poder Legislativo ou por ele próprio.

27.2. - O acórdão dá conta das principais questões teóricas que se levantam a este propósito, e da sua análise resulta, na minha leitura, que, na ótica do STF, a intervenção dos tribunais nestas questões sempre decorrerá, do ponto de vista da *separação dos poderes*, numa *linha de fronteira muito difícil de definir*, mesmo com os limites que o próprio acórdão estabelece.

Nos termos da CF, o *direito à saúde é garantido mediante políticas públicas, sociais e económicas*. No Brasil está definida e vem sendo executada uma política pública de saúde. Se tal não acontecesse, por não ter sido promulgada a legislação indispensável ou por não ter sido ela levada à prática, o que poderiam fazer os tribunais, nomeadamente o STF?

Poderia declarar uma situação de *inconstitucionalidade por omissão*, mas está-lhe vedado legislar em substituição do Poder Legislativo.

Mas poderia *obrigar* os órgãos do Estado competentes a legislar, ou a criar e a pôr efetivamente em funcionamento os necessários serviços públicos de saúde? E, havendo legislação, mas não funcionando os serviços (podem nem sequer existir), poderia o STF pô-los a funcionar ou condenar o Executivo a fazê-lo?

Parece claro que uma resposta positiva a estas perguntas implicaria aceitar que *os tribunais podem definir e executar políticas públicas*. E o STF não vai tão longe. No entanto, só nesta sede, a meu ver, pode atuar-se com êxito no sentido de tornar efetivo este direito social enquanto direito de todos a aceder, em igualdade de condições, aos serviços públicos de saúde. Não há outro caminho, para quem entenda que a garantia deste direito só pode residir na definição e execução de políticas públicas adequadas à obtenção dos objetivos tidos em vista, nomeadamente os definidos na Constituição.

O STF reconhece "a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil", e parece aceitar que o Poder Judiciário não pode interferir "na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde". Nem tal é necessário, porque essas políticas e os serviços para as executar já existem. Aquilo que está em causa, segundo o STF, é a legitimidade de "determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas", legitimidade que o STF reclama, por entender que, nestes limites, "não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas".

27.3. - O Acórdão do STF a que me reporto define ainda certos parâmetros que devem balizar a capacidade de intervenção judicial para garantir o direito à saúde, em decisões tomadas caso a caso, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento que possa contribuir para o aumento da sobrevida e/ou para a melhoria da qualidade de vida do paciente. Não analisarei aqui, por escassez de tempo e de espaço, estas especificações. Mas o que me parece essencial consta do enunciado no parágrafo anterior.

Uma das limitações que o STF vem agora introduzir à possibilidade de intervenção dos tribunais nas matérias em análise pode sintetizar-se nestes termos: não é possível obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação ou prestação de saúde existente, pelo que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo Sistema Único da Saúde (SUS) em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente.

Muito bem. Só que o STF entende que esta regra não valerá como limitação à intervenção dos tribunais se for *comprovada em juízo a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente*. Voltámos à estaca zero: ao contrário do que defende em tese geral, o STF acaba por aceitar que os tribunais podem definir e executar políticas públicas, se for comprovada em juízo a ineficácia ou a impropriedade das políticas existentes (políticas de saúde

ou outras).

Não posso acompanhar o STF. Os tribunais não são a sede própria para se avaliar da *eficácia* ou *adequação* da política de saúde existente. Os tribunais não têm *capacidade técnica* para fazer esta avaliação. Não cabe aos tribunais decidir se uma dada política de saúde *é ou não a mais eficaz e a mais adequada*, tendo em conta os recursos que os poderes públicos competentes afetaram à política de saúde (nomeadamente através das verbas inscritas nos orçamentos votados pelos órgãos competentes). Se o tribunal entender que pode analisar estas questões e concluir que a política adotada não é a mais eficaz ou a mais adequada, é ele que vai decidir qual é a mais eficaz e mais adequada? Em que ficamos? Os tribunais podem ou não *definir políticas públicas*? É claro que não podem, em nenhuma circunstância.

Para além dos seus aspetos técnicos (que um tribunal não sabe equacionar nem resolver), parece-me evidente que esta é uma *decisão política*, vedada aos tribunais. Qual o critério do juiz para decidir qual *a política mais eficaz e mais adequada*? O critério invocado pela parte interessada para justificar em juízo que a melhor política é a que satisfaz os seus *interesses individuais*? Ou o critério do próprio juiz, i.é, as suas próprias *opções políticas*, que se sobreporiam às dos órgãos do *poder político, eleitos* para o efeito e *politicamente responsáveis* pelas escolhas que fizerem e pelas decisões que tomarem?

Enquanto *órgãos de soberania*, os tribunais, num Estado de direito democrático-constitucional, só têm as competências que lhes são atribuídas pela Constituição. Não podem arrogar para si próprios um qualquer "poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade". Não podem substituir o povo soberano, nem sequer os seus representantes eleitos democraticamente.

27.4. - Defende o STF que os Protocolos Clínicos e as Diretrizes terapêuticas do SUS não são inquestionáveis. É claro que não. Nada nem ninguém é inquestionável! Mas daí a concluir – como faz o STF – que, por esta razão, é possível a sua contestação judicial vai uma grande distância, que eu não consigo percorrer.[45] A contestação das *decisões políticas* tem de fazer-se no terreno político. E esse papel cabe aos partidos políticos, aos sindicatos e outras organizações, cabe, constitucionalmente, ao parlamento, e cabe, por direito próprio, ao povo soberano.

45 - Como sublinha R. A. DIAS SILVA (citado por L. C. LINS, ob. cit., 285), "não é raro estabelecer-se uma situação paradoxal no contexto probatório, na hipótese, por exemplo, de um determinado medicamento, indicado por um único médico, ser capaz de derrubar todo o sistema oficial de Protocolos Clínicos, estipulado por uma equipe médica especializada e submetido à consulta pública". Não domino suficientemente essas matérias, mas, como cidadão preocupado com a vida da cidade, vejo com frequência os especialistas em economia da saúde falarem do grande peso que os medicamentos e os meios sofisticados de diagnóstico e de tratamento têm nos orçamentos da saúde, mais ou menos em todos os países. E muitas vezes, perante a tendência destes para aumentarem ainda mais o seu peso nas despesas globais com a política de saúde, não falta quem associe esta evolução à pressão das poderosíssimas multinacionais farmacêuticas, interessadas em vender na maior quantidade possível os medicamentos e os equipamentos que produzem. Há uns anos atrás, os expedientes (que ele considerou fraudulentos) desenvolvidos a propósito do combate à gripe H1N1 chamaram a atenção de um médico alemão, especialista em epidemiologia, perito em gestão da saúde, e Presidente da Comissão de Saúde da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.

No meu País, perante os ataques das políticas neoliberais, é cada vez mais frequente o povo sair à rua para contestar o encerramento de uma maternidade ou de um centro de saúde, para protestar contra a falta de um médico de família ou contra o encerramento do posto de saúde durante a noite, ou para exigir transporte gratuito dos doentes para os hospitais, ou para protestar contra a demora na obtenção de uma consulta ou de uma intervenção cirúrgica. Os partidos e os sindicatos fazem ouvir a sua voz. Os deputados intervêm no Parlamento. Mas ninguém se lembra de ir junto dos tribunais para defender estes direitos. Por se entender que esta é uma questão política, que os tribunais não podem resolver.

27.5. – Entende também o STF que a intervenção dos tribunais no sentido da concessão de *prestações individuais de saúde* na sequência de ação interposta com este objetivo por um qualquer interessado só é admissível se a decisão favorável do tribunal *não comprometer o funcionamento do SUS*. Mas logo acrescenta que cabe ao Executivo o ónus de provar e fundamentar de forma clara, em cada caso concreto, que a eventual decisão do tribunal concedendo prestações individuais de saúde compromete o funcionamento do SUS.

É uma exigência muito forte, para a qual não vejo qualquer fundamento. Em coerência com o que digo atrás, qualquer decisão de um tribunal que conceda prestações individuais compromete o funcionamento do SUS. Uma política pública estruturada e racionalmente executada não pode estar sujeita a intromissões frequentes, que no Brasil são já muitos milhares (apesar de os tribunais não levarem a sério o *princípio da igualdade*), comprometendo percentagens elevadíssimas dos orçamentos públicos destinados a financiar a política de saúde.

A doutrina defendida pelo STF inverte a lógica inerente à natureza das coisas: quem pretende intervir de fora na gestão do SUS, pondo de lado as suas regras de funcionamento e impondo uma outra afetação de recursos, é que deve provar que esta invasão pelos tribunais da esfera própria do Executivo não compromete o funcionamento dos serviços que o Executivo deve criar, organizar e dirigir. E eu penso que esta prova é impossível.

27.6. – A posição do STF tem contra ela, a meu ver, todos os argumentos já aduzidos, decorrentes da *separação de poderes* e da impossibilidade de os tribunais altera-

---

Preocupado com a questão de saber se terá havido pressões da indústria farmacêutica sobre a OMS no sentido de empolar o risco de pandemia de Gripe H1N1, com o objetivo de levar os Governos a comprar doses maciças de vacinas, requereu um inquérito para apuramento da verdade, afirmando que "a falsa pandemia da gripe criada pela OMS e outros institutos em favor da indústria farmacêutica é o maior escândalo do século na Medicina". Os jornais fizeram-se eco de que vários países europeus compraram milhões de doses que não foram utilizadas, representando o desperdício de muitos milhares de milhões de euros (na Alemanha, na França, na Holanda, na Suíça, e em vários outros países, entre os quais Portugal). Os jornais anunciaram por essa altura lucros de 5 mil milhões de euros que o 'negócio' das vacinas rendeu às multinacionais do setor (só a *Glaxo*, que vendeu a Portugal as vacinas contra a gripe H1N1, terá lucrado com o 'negócio' 2642 milhões de euros). É a história das bruxas dos espanhóis: nós não acreditamos nelas, *pero que las hay, hay*…

rem as leis do orçamento aprovadas pelo Legislativo, porque os orçamentos refletem opções políticas que os tribunais não podem formular, nem alterar, nem julgar (o julgamento político não cabe na competência dos tribunais).

E cabem aqui também todas as dificuldades resultantes da consideração da *reserva do possível* ou da *escassez de recursos*. Creio não errar na afirmação de que a garantia de efetivação dos direitos sociais – enquanto direitos dos cidadãos a exigir do Estado prestações positivas que têm sempre um custo financeiro direto – está sempre como que *naturalmente (pela natureza das coisas)* condicionada à *reserva do possível*.[46]

Por outras palavras: *a concretização destes direitos está sempre dependente das escolhas políticas* quanto à afetação dos recursos financeiros ao dispor do Estado, recursos que, como já se disse, são sempre escassos. E como essas *escolhas políticas* têm tradução nos orçamentos propostos pelo Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo, não se vê como podem os tribunais averiguar *se há ou não incumprimento da Constituição*, com base no qual o STF pretende legitimar a intervenção do Poder Judiciário, que se proclama a si próprio responsável por tornar realidade (todos) os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Na minha ótica, não cabe na competência dos tribunais averiguar se há recursos disponíveis para condenar o Executivo a uma certa prestação de saúde. Sempre haverá recursos, se se alterarem os orçamentos, i.é, *se se modificarem as prioridades políticas* refletidas nos orçamentos. Mas esta alteração não pode ser imposta pelos tribunais aos outros Poderes do Estado, porque não é aceitável que as *opções políticas do Legislativo* possam ser substituídas pelas *opções políticas de cada Juiz*.

É sempre a barreira imposta pela *separação dos poderes*. É sempre a questão de saber se é preferível um *governo de juízes* ou um governo a cargo de *cidadãos eleitos democraticamente e politicamente responsáveis perante o povo soberano*.

28.

Para confortar a tese que fez vencimento no STF (por voto unânime dos Ministros presentes na sessão), invoca-se a certa altura a lição de Victor ABRAMOVICH e Christian COURTS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, 251: " (…) o Poder judicial não tem a incumbência de definir políticas públicas, mas a de confrontar o desenho de políticas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis e – no caso de encontrar divergências – *reenviar* a questão aos poderes competentes para que eles reajam ajustando consequentemente a sua atividade. Quando as normas constitucionais ou legais fixem pautas para a definição de políticas públicas e os poderes respetivos não tiverem adotado nenhuma medida, caberá ao Poder Judicial *reprovar* essa omissão e *reenviar* a questão aos poderes competentes para que eles elaborem alguma medida. Esta dimensão da atuação judicial pode ser concetualizada

46 - Sobre esta problemática, ver Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

como a participação em um *'diálogo' entre os diferentes Poderes* do Estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelos Acordos sobre direitos humanos" [os sublinhados são meus. AN].

Com o devido respeito, parece-me um texto bastante 'moralista', sem grande conteúdo e consistência jurídico-constitucional.

O que é isso de o Poder Judicial *reprovar* os outros Poderes do Estado? Os poderes dos tribunais não são de origem divina, nenhuma constituição confere aos tribunais esse papel de suprema autoridade moral, não podendo os tribunais arvorar-se ou ser arvorados em uma espécie de *consciência moral* representativa da sociedade. Se o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não publicaram as leis necessárias para se poderem efetivar certas normas da Constituição, o Poder Judicial poderá, se a figura estiver prevista na Constituição, declarar a existência de *inconstitucionalidade por omissão*. Mas considero perigoso reconhecer ao Poder Judicial o poder de *reprovar* os outros Poderes do Estado. Seria empurrar os tribunais para o terreno do debate político e da luta política, o que me parece de evitar em absoluto. E sempre ficaria de pé a questão de saber quais as consequências de tal 'reprovação'. NENHUMA, evidentemente.

Os autores referidos colocam a atuação dos tribunais num plano de *diálogo com os demais Poderes do Estado*. Mas este 'diálogo' que conteúdo e que significado tem? Que eu saiba, nenhuma constituição prevê tal diálogo. Receio tratar-se, mais uma vez, da tentação de trazer os tribunais para o terreno da luta ideológica e da luta política.

29.

A conversa já vai longa e talvez desinteressante para quem me lê. Perdoem-me, porém, o abuso de partilhar convosco algumas reflexões sobre uma outra decisão do STF, de 18.12.2009. É uma acção diferente das que tenho vindo a analisar, mas ela ilustra bem, a meu ver, os perigos da *judicialização da política*.

Trata-se de um processo em que o Município de Giruá (RS) foi condenado a gerir o seu hospital integrado no SUS não segundo os princípios de organização e as regras de gestão estabelecidas para os serviços do SUS pelas entidades do Executivo competentes para tanto, mas de acordo com os critérios definidos pelo Poder Judiciário, na sequência do recurso extraordinário interposto para o STF (decisão de 18.12.2009, mandada executar pelo Juiz de Santo Ângelo em 13 de Maio de 2010).

Os tribunais envolvidos neste processo aceitaram o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS) como parte legítima para interpor ação em que se pedia:

a) que o Município de Giruá fosse condenado a admitir o internamento de doentes no seu hospital/SUS em quarto individual, pagando o doente a "diferença de classe";

b) que o hospital do Município de Giruá fosse obrigado a aceitar o internamento direto de doentes por decisão do seu médico particular, sem terem de se sub-

meter às regras de funcionamento do SUS, nomeadamente o exame prévio do doente em um posto de saúde;

c) que o hospital fosse obrigado a permitir que o médico particular de um doente internado possa acompanhá-lo durante o seu internamento no hospital/SUS, desde que seja o doente a pagar os honorários do médico por si escolhido.

Como disse atrás, é meu entendimento que a intervenção dos tribunais em matéria de direito à saúde, nos termos em que ela se tem configurado, não ajuda a consolidar e a melhorar os serviços prestados pelo SUS e, em geral, todos os serviços públicos de prevenção da saúde e de promoção da saúde das populações. Ao invés, esse 'voluntarismo justiceiro' da generalidade dos juízes só contribui para desorganizar e descapitalizar o SUS, baixando a qualidade dos seus serviços e afetando negativamente a racionalidade e a eficiência da sua gestão, tudo em prejuízo dos mais pobres.

Mas o aresto de que falo agora representa um salto qualitativo preocupante: ele é, a todas as luzes, um ataque frontal ao SUS, aos seus objetivos no âmbito da política pública de saúde e aos seus princípios organizativos.

A meu ver, a questão deveria ter morrido logo à nascença. Porque o CREMERS não tem legitimidade processual para intentar a ação. Os Conselhos de Medicina (tal como a Ordem dos Médicos em Portugal) são organismos que, por delegação do Estado e em nome do Estado, regulam o exercício da profissão médica enquanto profissão liberal.

Não têm, por isso, qualquer legitimidade para se arrogar a representação dos doentes em geral ou dos utentes dos serviços públicos de saúde em particular. Aos Conselhos de Medicina cabe definir e fazer cumprir por todos os que exercem a profissão médica as regras deontológicas inerentes ao exercício desta profissão. Cabe-lhes também velar por que os atos médicos só possam ser praticados por médicos, bem como garantir que os médicos exercem a sua profissão (ao nível do diagnóstico e da terapêutica) em condições de liberdade e de responsabilidade plenas. Se fizerem bem o seu trabalho, protegem os interesses dos doentes. Mas só neste âmbito o interesse dos doentes é assunto de que devam ocupar-se os Conselhos de Medicina.

Estes Conselhos não são organizações sindicais, pelo que, para além do que acabo de dizer, não é da sua competência a defesa dos interesses dos médicos enquanto trabalhadores da saúde, nomeadamente em matéria de salários, horários de trabalho e, em geral, em matéria de interesses económicos dos médicos.

Estas são razões suficientes para justificar que a petição inicial tivesse logo sido rejeitada, por inepta.

30.

Mas a ação judicial foi admitida e julgada. Vejamos o alcance do que foi decidido.

Em primeiro lugar, o STF reconheceu que qualquer doente tem o direito de ser internado num hospital/SUS em condições especiais (com direito a um quarto individual com banheiro privativo, por exemplo), desde que pague a *diferença de classe*, designação expressiva, porque diz abertamente que se trata de um instrumento de *diferenciação de classes*, deixando claro, provocatoriamente, que os ricos têm direito, no espaço público do SUS, a um *tratamento privilegiado*, que não está ao alcance dos pobres, pela simples razão de que não têm dinheiro para tais luxos.

Ora o SUS é um serviço público que deve assegurar a *todos*, em *igualdade de condições*, o acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Está, por isso, impedido de cobrar quaisquer taxas aos utentes dos seus serviços, o que significa que não pode cobrar quaisquer verbas decorrentes da chamada *diferença de classe*. Se este é o estatuto do SUS, tal como resulta das leis e regulamentos pelos quais se rege, não se vê como podem os tribunais (incluindo o STF) alterar este estatuto, substituindo-se ao Executivo e ao Legislativo (que aprovou, segundo creio, a lei orgânica do SUS). A responsabilidade pela gestão dos serviços públicos cabe por inteiro ao Executivo, não ao Judiciário.

Acresce que a decisão judicial agora em pauta não corrige qualquer inconstitucionalidade do estatuto do SUS. Ao contrário: ela viola grosseiramente o *princípio constitucional da igualdade*, aceitando que, se todos são iguais, uns são mais iguais do que outros, permitindo aos 'mais iguais' um tratamento privilegiado em estabelecimentos públicos.

Se a regra do SUS é a de organizar o espaço hospitalar em quartos para três doentes, é claro que se todos os quartos forem ocupados por um só doente – pertencente à *classe privilegiada*, por ter dinheiro para pagar a *diferença de classe* – isso significa que perdem a possibilidade de serem internados dois doentes por cada quarto, não porque precisem menos de cuidados médicos do que os privilegiados, mas apenas porque pertencem a uma *classe inferior*, que não tem dinheiro para pagar a *diferença de classe*. Numa das peças deste processo afirma-se que "o sistema [público] de saúde no Brasil é uma vergonha". Talvez por isso se queira impedir os pobres de a ele aceder, reservando-os para os ricos, que podem pagar a diferença de classe… Estamos, a meu ver, perante uma grave violação das normas constitucionais que regulam o direito à saúde enquanto direito de todos a um igual acesso e tratamento nos serviços públicos de saúde.

Em segundo lugar, a decisão do STF impõe ao hospital/SUS de Giruá a aceitação de doentes mandados internar por prescrição do seu médico particular, sem necessidade de prévia observação num posto de saúde.

Como é óbvio, o SUS tem de funcionar segundo determinadas regras, como acontece em qualquer país onde exista um Serviço Nacional de Saúde. E é perfeitamente compreensível que, salvo os casos de urgência atendidos no respetivo serviço hospitalar, uma pessoa só possa ser internada num hospital mediante prescrição do médico que a acompanha no serviço de proximidade (posto de saúde).

Esta questão, como a anterior, é matéria de gestão, é da responsabilidade do

Executivo aos vários níveis. Como pode conceber-se que caiba na competência dos tribunais alterar os regulamentos de gestão dos hospitais públicos? É claro que os tribunais poderiam intervir se, por hipótese, no regulamento do SUS ou de um hospital em concreto se dissesse que os negros não têm direito ao internamento em dado hospital ou que, havendo necessidade de escolher, será dada prioridade aos cidadãos brancos. Nestes casos, perante a violação da Constituição, os tribunais poderão declarar nulas aquelas regras, obrigar o SUS ou o hospital em causa a retirá-las do seu regulamento e obrigar o SUS a eliminar qualquer discriminação com base na cor da pele ou qualquer outra discriminação. Mas não cabe aos tribunais fazer um outro regulamento, que substitua aquele. Os tribunais não podem, porém, intervir quando se trata de definir regras técnicas de organização e de funcionamento dos serviços.

Numa das peças do processo diz-se que a triagem prévia nos postos de saúde é uma "sistemática cruel", que deve ser abolida porque "a saúde não pode esperar". É muita demagogia (utilizada certamente por quem nunca recorreu aos serviços do SUS) para tentar justificar a intervenção do Judiciário em matérias para as quais, a meu ver, lhe falta competência, à luz da Constituição.

O próprio STF vem defender que "o direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele". Não me parece curial que um Alto Tribunal com a responsabilidade do STF se refira com tal sobranceria ao Executivo, chamando-lhe, depreciativamente, *autoridades administrativas* e qualificando como embaraços os regulamentos essenciais ao funcionamento de um serviço público tão complexo como o SUS, que são, evidentemente, da responsabilidade do Executivo.

As autoridades administrativas que gerem o hospital/SUS de Giruá cumprem, certamente, o que dispõe a lei orgânica do SUS (aprovada, segundo creio, por lei do Congresso) e cumprem também os regulamentos emitidos pelo Executivo aos seus vários níveis (a União, o Estado, o Município), no exercício das suas competências constitucionais. Para que os serviços do SUS possam funcionar bem, possam ser bem geridos e possam proporcionar aos seus utentes serviços de qualidade, é imperioso que os seus responsáveis ao nível do Executivo elaborem e façam cumprir princípios de organização e regras de funcionamento, sem os quais seria o caos. Estes princípios e estas regras não podem, pois, ser tratados como *coisa menor* de *autoridades administrativas* que só *causam embaraços*. O que causa embaraços – e muito sérios embaraços! – ao bom funcionamento dos serviços públicos de saúde (e à própria democracia!) é a permanente intervenção dos tribunais (à margem da Constituição, na minha modesta opinião), prescrevendo medicação, alterando os protocolos estabelecidos, subvertendo os orçamentos aprovados para a saúde.

Não me parece, por outro lado, que caiba nas competências dos tribunais (nomeadamente do STF) o poder de alterar o estatuto legal e as normas regulamentares por que se pauta a atuação dos responsáveis por um qualquer hospital/SUS. Os

tribunais não têm competência para impor os seus critérios de gestão, substituindo por estes os definidos pelo Executivo, pois é competência do Executivo *a definição e a execução das políticas públicas*, quer no que toca à saúde quer no que concerne a outras áreas de intervenção das políticas públicas.

O que reduz ou dificulta o acesso aos serviços públicos de saúde não são os regulamentos aprovados pelo Executivo, mas as decisões judiciais como a que venho analisando. Elas provocam a sua desarticulação e preparam a sua destruição, retirando o direito à saúde aos que não têm dinheiro para pagar seguros privados de saúde e não têm condições para recorrer aos tribunais a solicitar o medicamento, ou o internamento ou a cirurgia de que carecem (e estes são a grande maioria dos brasileiros). Esta decisão, em concreto, entrega o hospital público de Giruá aos médicos que exercem medicina privada, permitindo-lhes internar nele os doentes que atendem nos seus consultórios, sem terem de respeitar as regras de funcionamento impostas pelo SUS; permitindo-lhes, apesar de não terem nenhum vínculo com o hospital, acompanhar os seus doentes lá internados e prescrever os tratamentos que muito bem entenderem, à margem dos protocolos em vigor nos hospitais/SUS e pagos com dinheiros públicos; permitindo-lhes continuar a cobrar dos doentes internados os honorários acordados com eles, sem ao menos entregar ao hospital uma parte desses honorários.

Em boa verdade, trata-se de uma *autêntica privatização disfarçada*. As seguradoras que exploram os seguros de saúde vão certamente pressionar os médicos que trabalham para elas no sentido de internarem os seus segurados no hospital/SUS de Giruá, onde, mediante o pagamento da *diferença de classe* para que possam estar comodamente instalados, tudo o resto é pago pelos dinheiros públicos destinados a garantir a todos o acesso aos cuidados de saúde. Calculo que, pagando elas a diferença de classe, as seguradoras ainda ganharão muito dinheiro. Longe de cumprir a Constituição, esta decisão é um atentado contra a Constituição.

Outra questão que vale a pena abordar é a que se prende com o direito agora conferido aos médicos privados (sem qualquer vínculo com o SUS) de fazerem internar os doentes que tratam nos seus consultórios em hospitais integrados no SUS.

Da leitura das peças do processo parece resultar a ideia de que esta possibilidade decorre do *direito dos médicos ao livre exercício da sua profissão*. Ora este direito (que está longe de ser um direito fundamental constitucionalmente garantido) reporta-se à liberdade dos médicos em matéria de diagnóstico e de tratamento, tanto para os que trabalham em hospitais públicos como para os que exercem medicina privada (nos seus consultórios ou em hospitais privados). Ninguém de boa fé poderá defender que o livre exercício da profissão médica implica o direito dos médicos privados a internar os seus doentes, por prescrição sua, nos hospitais públicos.

É claro, por outro lado, que qualquer pessoa tem o direito de escolher o

seu médico. Se não quer os médicos que prestam serviço nos hospitais públicos, vai a um consultório particular ou a uma clínica privada. Mas o *direito à saúde*, tal como o consagra a Constituição de 1988, enquanto *direito de todos os brasileiros*, é garantido *mediante políticas públicas sociais e económicas* que tornem os serviços públicos de saúde *acessíveis a todos*, em *condições de igualdade*. Enquanto direito social constitucionalmente garantido, não inclui o direito do doente a escolher um médico e a levá-lo consigo para um hospital público onde quer ser internado, ainda que seja o doente a pagar os honorários ao médico escolhido.

A imposição feita agora ao hospital/SUS de Giruá não tem, a meu ver, nenhum suporte constitucional, constitui uma violação ostensiva do princípio da separação dos poderes e uma ameaça séria ao funcionamento deste hospital/SUS. Será praticamente impossível garantir um mínimo de coerência e de racionalidade na gestão de um hospital quando médicos que não têm qualquer vínculo laboral com ele (e não estão sujeitos às regras de funcionamento impostas pela Administração do hospital nem ao seu regulamento disciplinar) são autorizados a internar nesse hospital os doentes da sua clínica privada (passarão à frente dos que só utilizam os serviços do SUS?), com a prerrogativa de os tratar segundo os seus critérios, prescrevendo remédios, exames, análises clínicas e cirurgias sem ter em conta os Protocolos em vigor a este respeito nos hospitais/SUS, e obrigando o hospital a suportar tudo isso com dinheiros públicos.

Não se trata, aqui, de garantir o direito à saúde tal como a Constituição o consagra, nem de garantir aos médicos o livre exercício da sua profissão. Do que se trata, em verdade, é da *privatização* deste hospital público, que vai ficar às ordens dos membros das *classes privilegiadas* que podem pagar a *diferença de classe* e dos médicos que os acompanham nos seus consultórios.

Quem quer gozar os benefícios de ser rico pode, é claro, escolher os melhores médicos do mundo e os hospitais privados mais luxuosos. Paga tudo do seu bolso e ponto final. Os ricos podem também, se for essa a sua vontade, ser tratados e internados nos serviços e nos hospitais integrados no SUS. Mas, neste caso, têm de utilizar os serviços que estão à disposição de todos gratuitamente e têm de integrar-se, em condições de igualdade com todos os utentes do SUS, nas regras de funcionamento do serviço público de saúde.

A decisão do STF relativa ao hospital de Giruá faz-me lembrar um golpe de Estado (um *golpe de Estado palaciano*, claro…): o Tribunal substitui-se ao Executivo, assumindo a capacidade para modificar os regulamentos dos serviços públicos, ao arrepio do princípio da separação dos poderes e dos preceitos constitucionais que consagram o direito à saúde.

31.

As perguntas que formulei e as dúvidas que atrás levantei servem apenas para

traduzir a minha enorme dificuldade em acompanhar soluções como as que referi.

Como jurista-cidadão, entendo que os direitos sociais, económicos e culturais são *direitos coletivos*, pelo que a sua efetiva satisfação não pode conseguir-se corretamente através de *medidas avulsas* de juízes que decidem, *caso a caso*, se este ou aquele doente tem direito a este remédio ou a esta intervenção cirúrgica (eventualmente no estrangeiro se não puder realizar-se no país), se esta ou aquela pessoa tem direito a uma habitação condigna, condenando o Estado a prestar os serviços ou a disponibilizar o dinheiro necessário para tanto. Este tipo de atuação dos tribunais não pode substituir a *definição e a execução das políticas públicas* indispensáveis para garantir e concretizar os direitos envolvidos, nomeadamente os direitos económicos, sociais e culturais. Acresce que esta atuação dos tribunais, em vez de conferir maior eficiência e maior equidade às políticas públicas definidas pelo Executivo, só contribui para desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar as desigualdades no acesso a eles.

E sempre fica de pé a questão do *acesso à justiça*, talvez ainda mais difícil do que o acesso à saúde. A grande maioria dos mais necessitados não tem acesso a um tribunal. Neste contexto, o recurso aos tribunais para fazer valer *direitos individuais* (o direito à saúde ou qualquer outro direito social) não só não tornará esses direitos efetivos para todos, como acentuará a *desigualdade*, a *injustiça* e a *exclusão social*.

Como *direito coletivo* que é, o direito à saúde só pode garantir-se de modo efetivo, *em benefício de todos e nas mesmas condições para todos*, através da criação de um *serviço público de saúde universal, geral e gratuito*. Os tribunais (nomeadamente aqueles que devem garantir o respeito pela Constituição) devem velar para que nenhum *diploma legal* venha destruir ou pôr em causa esse *serviço nacional* ou as suas caraterísticas de *universalidade, generalidade e gratuitidade*. A luta para que este e outros direitos constitucionais sejam levados a sério pelos governos deve inserir-se na esfera da ação cívica, sindical e política.

O reconhecimento da *força normativa das constituições* foi um avanço importante do Direito Constitucional contemporâneo. E eu não quero pôr em causa nem quero minimizar a força normativa dos preceitos que consagram os direitos económicos, sociais e culturais.

Discordo, por isso, de constitucionalistas como Gomes Canotilho, que, perante a crise que nos assola, têm vindo a público defender que "certas formalidades constitucionais" ou mesmo "algumas garantias" podem ser *ultrapassadas* ou *eliminadas* quando estiver em causa "a saúde pública [a 'saúde' da economia do país, segundo penso], a necessidade pública, a felicidade pública". Perante a necessidade de "tomar decisões" nestas matérias – argumenta Canotilho –, "não podemos olhar a grandes rigores normativos e a rigores constitucionais": "a felicidade pública é a lei superior".[47]

47 - Cfr. *supra*, 13/14.

A negação da força normativa da constituição equivale ao esvaziamento da própria ideia de Constituição, à 'legitimação' do *Estado de não-direito*, o que não é um bom serviço prestado à democracia.

E discordo também de Gomes Canotilho, quando, numa conferência proferida no Recife em 1996, e tendo em conta os países que não chegaram a aproximar-se dos limiares mínimos do Estado social, defende que "o catálogo generoso dos direitos económicos, sociais e culturais é apenas uma *narrativa emancipadora ilusória* ou uma *sequela de uma leitura socialista dos direitos, hoje reconhecida e experimentalmente falhada*".[48]

Não posso acompanhar o meu ilustre Colega na 'condenação' dos povos dos países menos desenvolvidos à impossibilidade de acesso aos direitos habitualmente associados ao Estado social ou Estado-providência. A inscrição dos *direitos económicos, sociais e culturais* nas constituições desses países como direitos fundamentais não pode reduzir-se a um mero expediente para *enganar os povos* com narrativas emancipadoras ilusórias ou a uma invocação patética de um ideário socialista que se diz ter 'falhado'.

Tenho para mim que a efetivação dos direitos fundamentais – de todos os direitos fundamentais – não fica garantida pela simples consagração deles nos textos constitucionais. Tal efetivação só se consegue se se verificarem determinadas situações ao nível do jogo das forças sociais e políticas.

Estou muito consciente de que as *constituições não substituem a vida* (não substituem a luta de classes) e muito menos *fazem revoluções*. E – repito – nem sequer garantem, por si próprias, a efetiva concretização dos direitos fundamentais nelas consagrados: elas não são a árvore do paraíso, a fonte milagrosa de onde jorra em abundância o leite e o mel.

Mas esta consciência de que as constituições não são varinhas mágicas, nem são o *motor da história* não pode negar a importância, no plano jurídico, no plano político e no plano civilizacional, da consagração daqueles direitos nas Constituições dos países em referência. Esta consagração significa, desde logo, que o povo soberano quer que aqueles direitos sejam tratados como direitos fundamentais e significa, por outro lado, que os órgãos do poder político democrático devem sentir-se politica e juridicamente vinculados a atuar no sentido da sua efetiva concretização. *Não se trata de enganar os povos com promessas ilusórias.* Trata-se de *ajudá-los a construir um futuro digno dos homens.*

Dito isto, gostaria de deixar claro, porém, que não me agrada nada essa forma nova de *'messianismo'* que parece querer transformar as constituições numa espécie de 'deuses' que, pelo simples facto de existirem, nos garantem todas as bem-aventuranças, bastando, nos casos-limite, recorrer aos tribunais para que estes, em nome desse *deus-constituição*, nos garantam os frutos que não caíram da árvore do paraíso por si mesmos, tornando efetivos, por simples decisão do Poder Judiciário, todos os direitos

48 - Para uma análise crítica desta posição, ver o meu livro *As Voltas que o Mundo Dá*… Reflexões a *Propósito das Aventuras e Desventuras do Estado Social*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2011, 159ss.

fundamentais de todas as pessoas.

O Professor Eros Grau comenta com sabedoria esta atitude messiânica: "A Constituição não supre a utopia da transformação da sociedade. Inserida na realidade – porque o direito é um nível de realidade – a reprodução dos seus programas encontra-se limitada pela realidade. (…) Ela não pode, por si só, transformar a realidade". Por isso ele sublinha: "As constituições são mitificadas e a busca [inútil?] da sua efetividade formal, da sua efetividade material e da sua eficácia *afoga e substitui a utopia*. Ela própria, a Constituição, é tomada como uma nova utopia. A ingenuidade com que o jurista empunha o mito da Constituição é digna dos mais autênticos *naïfs*, o que os transforma em *fiéis escudeiros do pensamento hegemónico*" [sublinhado meu. AN].[49]

32.

Gostaria de continuar a conversar convosco sobre esta problemática. Mas é tempo de terminar.

Direi, em síntese, que nenhum dos direitos fundamentais que as modernas Constituições consagram pode ser visto como *direito absoluto*, como *direito sem condições ou sem limites*. Não basta que as constituições consagrem os direitos fundamentais para que todas e cada uma das pessoas os possam exercer efetiva e plenamente. Insisto: as Constituições não substituem a vida, nem resolvem os problemas coletivos dos povos, e muito menos fazem revoluções. Só os povos podem fazer a história, só o povo soberano pode fazer as *escolhas políticas* que quer ver levadas à prática. Mas esse é o papel da política, não é o papel dos tribunais. Seria ingenuidade pensar que é com decisões como as que procurei analisar que se resolvem os problemas que elas pretendem resolver. Os tribunais não podem ocupar o lugar que pertence à esfera da luta política, à luta dos povos pelos seus direitos, luta que é, em certa perspetiva, a luta de classes.

Não quero pôr em causa nem um pouco das desgraças que estão por detrás de muitos dos casos submetidos aos tribunais brasileiros. Muito menos quero pôr em causa o saber, a consciência moral e o elevado sentido de cidadania que inspirou estas sentenças judiciais. Como todos os intervenientes nestes casos dramáticos, repudio a exploração que carateriza as nossas sociedades capitalistas, condenando à *exclusão social* milhões e milhões de seres humanos. Como os magistrados que intervieram em alguns destes casos, posso compreender que estas ações judiciais e estas decisões dos tribunais só são explicáveis porque os restantes poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo) são muitas vezes insensíveis às realidades da vida, à vida dos homens de carne e osso.

Colocada assim a questão, receio que o 'paternalismo populista' que res-

49 - "Realismo e utopia constitucional", em Jacinto MIRANDA COUTINHO e Martonio BARRETO LIMA (Orgs.), *Diálogos Constitucionais – Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, 138-140.

salta de muitas das decisões judiciais que me foi possível analisar seja desmobilizador da cidadania e das lutas cidadãs pela transformação do mundo, criando a ilusão (falsa, como todas as ilusões) de que tudo está bem, porque, se algo correr mal, os tribunais lá estão para, de Constituição em punho, resolver todos os problemas.

E não posso subscrever a tese defendida pelo Poder Judiciário brasileiro de que não há, nestes casos, uma invasão da esfera do Executivo por parte dos tribunais. Ao contrário: entendo que se trata de situações claras de *jurisdicionalização da política*, de invasão pelo Poder Judiciário das áreas de competência do Legislativo e do Executivo.

A questão que se coloca é a de saber se este tipo de atuação dos tribunais pode considerar-se *juridicamente (constitucionalmente)* legítima e, em última instância, a questão de saber se o mundo ganhará em ser 'governado pelos juízes' (que são, é evidente, tão bons e tão maus como qualquer de nós). E a minha resposta é **NÃO**.

Não vou discutir aqui – nem para tanto me reconheço competência – todas as implicações do *princípio da separação dos poderes*. Dir-se-á que se trata de uma invenção da burguesia e do Estado burguês. Talvez seja. Mas então só por uma rotura revolucionária poderão ultrapassar-se as suas eventuais limitações. E ninguém que queira subverter o Estado de classe da ordem burguesa-capitalista confiará tal tarefa aos juízes. Eles não constituem a classe revolucionária.

Aliás, em alguns dos arestos que referi, o juiz substituiu não só o Executivo mas também o povo – que não foi consultado – na definição das prioridades das políticas públicas. E a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e 'ajustar contas' com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes (e ainda bem que não pode).

Dito isto, quero igualmente deixar claro que não ponho minimamente em causa a *legitimidade democrática dos Juízes* para o exercício da sua função, nem a *legitimidade democrática dos Tribunais* enquanto órgãos de soberania aos quais cabe, constitucionalmente, *administrar a justiça em nome do povo*.

E é claro que sou um defensor intransigente da *independência* dos juízes. E um defensor da plena capacidade de intervenção dos juízes na defesa da Constituição, porque advogo a possibilidade de *apreciação difusa da constitucionalidade das leis*, reconhecendo a cada juiz, da mais pequena comarca, o direito de se recusar a aplicar as leis que considerar inconstitucionais.

E defendo também que, enquanto intérpretes e aplicadores da lei, os juízes não podem ser apenas a "boca da lei", meros exegetas e aplicadores mecânicos da letra da lei, antes devem ser verdadeiros *criadores de direito*. Nem poderia pensar de outro modo quem, na sua primeira tese universitária, procurou mostrar ser possível uma solução que um artigo do Código Civil vedava expressamente,

encorajado pela jurisprudência francesa, que trilhara o mesmo caminho perante uma norma idêntica do *Code Napoléon*.

Mas quero também, com toda a humildade, deixar claro que, na minha opinião, aos tribunais não cabe fazer política, substituindo-se aos demais órgãos do Estado aos quais cabe essa função. Porque estes são órgãos legitimados pelo sufrágio, respondem politicamente perante os cidadãos eleitores e estão sujeitos ao controlo político por parte do povo soberano. À política o que é da política, aos tribunais o que é dos tribunais. Um Estado democrático precisa de um Poder Judiciário independente. Mas não pode permitir que o Poder Judiciário se substitua, em certo sentido, ao *Estado democrático*, assumindo-se como uma espécie de *Estado tecnocrático*, um *Estado acima das classes*, um 'Estado' que se arroga o direito de, *acima dos outros Poderes*, decidir sobre todas as políticas públicas e de fazer justiça em todas as esferas que dizem respeito à *vida da cidade*, como se os tribunais fossem os *donos da cidade*.

Soluções deste tipo não são benéficas para o prestígio dos tribunais nem para a saúde da democracia. Todas as formas de Estado tecnocrático carregam consigo, a meu ver, o perigo de, um dia, conduzirem à morte da política ou seja, à morte da democracia. Estou certo de que nenhum de nós quer este resultado.

Coimbra, setembro/outubro de 2012.

A ECONOMIA DA SAÚDE PÚBLICA NO CONTEXTO DAS INCERTEZAS ECONÔMICAS: UM MUNDO DE RESTRIÇÕES?

RAFAEL ARRUDA OLIVEIRA
Mestrando e Especialista em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Procurador do Estado de Goiás. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Novo paradigma de atuação estatal: as circunstâncias de ordem econômica e social. 3. O custo dos cuidados em saúde no contexto do Estado social. 4. A participação do setor privado na prestação de cuidados em saúde: um novo modelo de provisão. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente ensaio aborda a temática da prestação de serviços de relevância pública, designadamente os relativos a cuidados com saúde, por parte do setor privado, ao lado e em cooperação com o Poder Público. Por meio da atuação sinergética de ambos os atores tem lugar o fenômeno da

coprodução do bem público, o que se insere num conjunto de mudanças que, neste início de século XXI, atravessam e pressionam a Administração Pública. Trata-se, sob a perspectiva de uma nova forma de governança, de aplicar e replicar perante o Poder Público as boas práticas do setor privado, com a finalidade de mitigar as falhas do Estado, cuja posição de garantia por este ostentada não deve ser lida em termos de monopólio de produção de bem-estar.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde pública. Estado providência. Crises. Setor privado.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em matéria de saúde pública, num ambiente remarcado por constrangimentos de variadas ordens, há questões que, em múltiplas latitudes, se apresentam prontas a desafiar os gestores públicos: como fazer para ofertar às pessoas a garantia de cuidados universais de saúde, algo que os cidadãos de países altamente avançados já possuem? Ou, sob outra perspectiva, como implementar sistemas de proteção à saúde que logrem dar oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis[1]? Ou, doutra ótica, de que maneira garantir cobertura universal em saúde, com serviços de alta qualidade e bons resultados, a um custo moderado? Enfim, como fazer da melhor normatividade em abstrato a melhor experiência? Ou, na arrebatadora fala de Ayres Britto, por que meios sair das pranchetas da Constituição para entrar nos altiplanos da vida[2]?

A crescente pressão provocada nos orçamentos pelo crescimento das despesas com saúde, juntamente com a importância social que a saúde ocupa, onde o direito de acesso

1 - Percucientes são as críticas de Gomes Canotilho, quando reconhece que é uma obsessão do pensamento político, sobretudo europeu-continental, ser forte nas palavras e fraco nos atos, quando se preocupa com os conceitos e não com as soluções, insiste nas dimensões substantivas das coisas e despreza os momentos processuais e procedimentais indispensáveis à resolução dos problemas políticos e sociais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional Passa: o Direito Administrativo Passa Também* **in**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 708). Atento a tais observações é que se vai tentar, no presente ensaio, apresentar algumas soluções procedimentais para uma certa atenuação do problema da escassez de recursos públicos, na tentativa de conciliar crescentes demandas frente a capacidades sempre limitadas, com desprezo deliberado pelo que, nas palavras de Michel Maffesoli, é o "tom do anteontem" ou, no que é dizer o mesmo, o do racionalismo abstrato, que já não convém num momento em que a aparência, o senso comum ou a vivência retomam uma importância que a modernidade lhes havia negado (MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Trad. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 16).
2 - BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 50. O problema, como se vê, é complexo. E, conforme Luciano Benetti Timm, não existem respostas fáceis. De fato, *"(...) o problema de perguntas difíceis é que respostas dogmáticas dificilmente são a solução"* (TIMM, Luciano Benetti. *Direito à saúde a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: um perspectiva de Direito e Economia* **in**. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Coordenadores: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 255).

universal, integral e gratuito aos tratamentos constitui pilar da sociedade brasileira, tem colocado, como não poderia deixar de ser, o setor no centro da atenção nacional[3].

Na esteira do que pontificam Simões e Dias, os governos enfrentam hoje um quadro de mudanças rápidas, nomeadamente na tipologia das doenças, nas expectativas dos utentes e nos padrões de procura, o que aumenta a pressão sobre os sistemas de saúde, particularmente no que diz respeito aos custos. Os governos, enquanto "agentes" dos cidadãos, terão de responder com novas formas de governação. Redesenhar o sistema? Definir novas formas de articulação dos diferentes níveis de prestação de cuidados? Promover parcerias intersetoriais? Estas são, certamente, algumas das discussões que importa fazer[4].

2. NOVO PARADIGMA DE ATUAÇÃO ESTATAL: AS CIRCUNSTÂNCIAS DE ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

Antes, porém, incumbe desde logo assentar que a relação entre teoria e prática não é simples nem unidirecional. Desde sempre coube à teoria iluminar a prática, o que, porém, não significa que os teóricos tenham sempre as soluções e que as suas propostas de melhorias sejam necessariamente pertinentes. Para o presente caso, mais importante parece ser a análise que contemple tanto a orientação descritiva como a prescritiva, na perspectiva de contribuir com as qualificações das políticas públicas em saúde, a despeito de todas as inclinações ideológicas que, de maneira irrecusável, influenciam de maneira explícita ou implícita as análises feitas pelo investigador, a conduzir no mais das vezes a que cada passo na direção necessária se transforme, por razões ideológicas, num tropeço.

Mas não é só isso, também as características e os resultados das políticas estão fortemente associados à estrutura econômica e social de um país, bem como às instituições, aos processos e às lideranças, a gerar diferentes configurações e diferentes possibilidades de atuação. Seja como for, em atenção a tantos e variados modelos de atuação, a pretensão deste ensaio consiste em proporcionar aqui uma tempestade paradigmática de modelos que possam ser viabilizados na prática administrativa pela atuação dos agentes públicos ou, por outras palavras, pôr para funcionar na prática o que já é reconhecidamente aceito na teoria.

Tudo isso porque subsiste uma contingência que diz de perto com a escassez,

3 - Não só do Poder Público, mas também da Igreja. Importa ressaltar que, neste ano de 2012, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) adota como tema de sua campanha *"A Fraternidade e a Saúde Pública"*, e como lema *"Que a saúde se difunda sobre a Terra"* (cf. Eclo 38,8). Do texto-base se extrai que a Igreja Católica deseja *"(...) sensibilizar a todos sobre a dura realidade de irmãos e irmãs que não têm acesso à assistência de Saúde Pública condizente com suas necessidades e dignidade. É uma realidade que clama por ações transformadoras. A conversão pede que as estruturas de morte sejam transformadas"* (Documento disponível em http://www.cnbb.org.br/site/campanhas/fraternidade. Acesso em 9/5/2012).

4 - SIMÕES, Jorge; DIAS, Ana. *Gestão da Saúde e Despesa Pública* **in**. A Reforma do Sector da Saúde: uma realidade iminente? Cadernos IDEFF, n° 11. Organização: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. Coimbra: Almedina, 2010, p. 97.

num contexto em que a manta é sempre demasiado curta: enquanto se cobre uma parte, deixa-se outra desprotegida[5]. E o que era um problema se transforma em putativo dilema. À sociedade e à classe política interessam mais o resultado final a ser obtido – *end-of-state outcome* –, não propriamente o processo pelo qual se possa atingir o resultado esperado, consistente em superar a mencionada vicissitude. Ao estudioso do direito, porém, interessa mais traduzir as fórmulas jurídicas, para o apontamento do caminho a ser trilhado pelo administrador, pelo agente público.

Tendo sido o grande promotor do desenvolvimento econômico e social ocorrido no mundo, nas décadas de 1930 a 1960[6], o Estado, a partir dos anos 70 do século passado, foi sendo identificado como o responsável pela redução das taxas de crescimento econômico, e guindado ao papel de vilão, passando a ser responsabilizado pela queda das taxas de crescimento, elevação dos níveis de desemprego e inflação. Era a retomada das ideias neoliberais do Estado mínimo, fundadas na constatação de um crescimento disfuncional do Estado e impulsionadas pelo fenômeno da globalização[7].

Na década de 90, verifica-se, conforme Matias-Pereira, preocupante distorção nesse modelo do Estado mínimo, visto que propiciou enorme enfraquecimento nos sistemas de controle dos Estados nacionais, privatizações desenfreadas, aumento da corrupção e elevação do número dos excluídos em países em desenvolvimento. Com a evidência da inviabilidade das propostas de retorno a um Estado *grande*, prevaleceu a tese da necessidade da reforma do Estado, para cumprir, além de suas funções clássicas,

5 - É o que ocorre, de resto, na economia e na vida: em alguns sistemas sociais existe pleno emprego, até com modestos recursos para todos, mas não há liberdade; em outros existe liberdade plena de mercado, mas há também bolsas de miséria e de desemprego (ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. *La Exigencia de Justicia*. Trad. Madrid: Trota, 2006, p. 57). Além disso, uma política econômica pode aumentar o produto nacional, mas também a desigualdade; pode elevar as vagas de emprego e também a inflação; pode beneficiar um grupo e prejudicar outro. Segundo Stiglitz, qualquer política pode ter consequências positivas e negativas. Cada pessoa pode valorar estas consequências de forma distinta; umas concedem mais importância à estabilidade dos preços que ao desemprego e outras concedem mais importância ao crescimento do que à desigualdade (STIGLITZ, Joseph E. *La economía del sector público*, 3 ed. Trad. Barcelona: Antoni Bosch, 2000, p. 31).

6 - Segundo Paul Krugman, nos primeiros anos a seguir à Segunda Guerra Mundial, e com as agruras da depressão ainda frescas na memória, a maior parte dos economistas acreditava que manter a economia no rumo certo exigia um papel alargado por parte do governo. A economia de então rejeitou todos os apelos de uma economia planificada, mas aceitou a necessidade de uma intervenção governamental para combater as recessões, bem como um papel crescente dos governos na economia em geral (KRUGMAN, Paul. *A consciência de um liberal*. Trad. Lisboa: Presença, 2009, p. 120).

7 - Contudo, assim que as crises passam, torna-se inevitável o regresso de alguns economistas à velha crença, a revelar uma impressionante capacidade para a superação de traumas. Foi o que ocorreu a partir dos anos 50 do século passado nos Estados Unidos, com amplos ataques à intervenção governamental e às regulamentações em geral. Para mais detalhes sobre este tema, consultar OLIVEIRA, Rafael Arruda. *Crise, Estado e pós-modernidade: em busca de um paradigma contemporâneo de intervenção.* Relatório de estágio de mestrado em Ciências Jurídico-Econômicas (Economia Política). Orientação: MARTÍNEZ, Pedro Soares. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 27 e seguintes.

o papel de regulador da economia e protetor, em alguma medida, dos direitos sociais[8].

Ou seja, desde que se passou a exigir do Estado uma mudança de perfil em relação à prestação de utilidades materiais fruíveis pelos cidadãos, em que o Estado deixaria de ser eterno garantidor da ordem, da segurança e das operações econômicas, mas incentivador e promotor de atividades diversas daquelas voltadas exclusivamente ao lucro, um novo paradigma de atuação pública passou a ganhar destaque, no qual a atuação direta é substituída pela atuação indireta do Poder Público, com a assunção de um papel ajustador e sinergético, apto a desenvolver capacidades gerenciais nos diferentes atores sociais e a harmonizar as relações nos e entre os planos econômico e social[9].

No intervalo dessa transição, porém, assistiu-se à eclosão e à derrocada do que se tem denominado doutrinariamente de Estado providência, que repousava as suas diretrizes na conjugação do mito de beneficência e de super-poder, aliado à pretensão de promover o desenvolvimento econômico e social[10]. A transformação dos sistemas sociais operada no decurso do século passado, em razão das quais o Estado passou a assumir novas funções, inclusive produtivas, proporcionaram, em paralelo, um elevado aumento da despesa pública sem que, porém, se verificasse, a despeito do aumento da dívida pública, a elevação da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos.

De fato, a prevalência de um modelo intervencionista, ao gerar problemas de financiamento no setor público, desencadeou a procura de soluções que implicassem novas formas de relacionamento entre o setor público e o setor privado. Daí o aparecimento da 'empresarialização' dos serviços públicos, das parcerias público-privadas em sentido lato e da regulação em detrimento da produção direta de bens públicos[11].

Conforme elucida Mânica, ao traçar programas, metas, objetivos e prin-

---

8 - MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças Públicas – a política orçamentária no Brasil*, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. xxix. Conforme, em sentido semelhante, anotam Oliveira e Mânica, foi principalmente a partir das duas últimas décadas do século XX, quando o modelo de Estado social atravessa grave crise em todo o mundo, que passou a tomar corpo a discussão sobre a redefinição dos papéis do Estado, tendo o Poder Público de passar a contar com a participação dos particulares na consecução de seus objetivos (OLIVEIRA, Gustavo Justino; MÂNICA, Fernando Borges. *Parcerias na Saúde: reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei Federal nº 11.350/2006*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 41).

9 - Anota Baldo que esse redesenho do Estado, longe de observar apenas os imperativos de eficiência na alocação de recursos e às exigências neoliberais, é reflexo da mudança das visões de mundo. As representações weberianas de Estado moderno focavam-se, de forma instrumental, na identificação dos meios que lhe eram específicos, ou seja, na monopolização da coerção e da regulação, como se ele gozasse de autonomia absoluta. Nesse contexto, não havia por que se falar em cooperação sinergética entre os atores sociais, muito menos em gestão social (BALDO, Rafael Antonio. *Novos horizontes para a gestão pública*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 81).

10 - Sugere Sgarbossa que a expressão "Estado providência" guarda nítida nota de um juízo crítico de desvalor em relação ao Estado ampliado que é o "Estado social", haja vista a analogia com a providência divina, que, para os crentes, tudo provê (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, p. 56).

11 - AMADOR, Olívio Mota. *A Organização do Sector Público da Saúde em Portugal* **in**. *A Reforma do Sector da Saúde: uma realidade iminente?* Cadernos IDEFF, n° 11. Organização: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. Coimbra: Almedina, 2010, p. 37.

cípios, os textos constitucionais e legais do século XX acabaram por trazer, durante algum tempo, a sensação de que o Estado era capaz de tudo. Porém, assim como o mercado e a sociedade, o Estado igualmente possui limites, que devem ser (re)conhecidos, a fim de que as suas atividades sejam desempenhadas de modo a alcançar de maneira eficiente os programas, metas, objetivos e princípios traçados pelos textos constitucionais[12], numa espécie de ordenação a partir de princípios abstratos e noções gerais divorciadas muitas vezes da realidade econômica[13].

Ou seja, se o direito do chamado Estado providência se funda num esquema "meio-fim" e não mais sobre o típico esquema normativo do tipo "se então", é preciso reconhecer que, desde que se passou a admitir a incapacidade estrutural e econômica do Estado para atuar como o grande provedor, um novo esquema passa a ter lugar: "fim-meio", com predominância de valorações e estimativas altamente complexas. De fato, com Vieira de Andrade é possível afirmar que o Estado providência mostrou-se incapaz de responder às exigências contraditórias de uma sociedade que, por um lado, pretende um elevado nível de bem-estar e a segurança contra os novos perigos, mas que impõe, ao mesmo tempo, uma privatização das atividades e das formas de intervenção[14].

Na passagem, portanto, dessa transição, poder-se-á sustentar, com amparo nas lições de Loureiro, que o Estado social, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste dos direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade – fraca ou forte

---

12 - MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 48.

13 - Vale reiterar, com Loureiro, que das "coisas novas" que desafiam o Estado social, a questão econômica é apenas uma delas. Ao eleger alguns dos descritores, o referido autor aponta a globalização, a "sociedade de risco" e as questões demográficas, econômico-financeiras, da pluriformidade, do conhecimento e a familiar. Para mais detalhes acerca dos fatores apresentados, consultar LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos".* Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010, p. 51-60.

14 - ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63. Mas, como salienta o mesmo autor em outra passagem de sua obra, a falência do Estado providência não é apenas financeira. O que está em causa, segundo ele, é o próprio paradigma de intervenção estadual, sobretudo depois da derrocada dos modelos socialistas coletivistas. É que, nas suas palavras, *"(...) o equívoco de ligar indissoluvelmente a justiça social à igualdade, em termos de a vincular à construção de uma sociedade igualitária, pode revelar-se, se não tão grave, pelo menos tão ineficaz como aquele que faz depender a liberdade da igualdade. A fraternidade anunciada na trilogia revolucionária, mas esquecida, implica uma nova concepção dos direitos sociais, em que os titulares não tenham de ser todos os cidadãos, mas todos os que precisam, na medida em que precisam, porque a abstração e a universalidade dos direitos não se adapta aos novos padrões de desigualdades, que não são só estruturais e verticais, são também conjunturais e horizontais e existem dentro do mesmo grupo de potenciais beneficiários"* (p. 65-66).

– a necessidades que se conexionam com bens básicos ou fundamentais[15], cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de pagar, ou não, um preço[16].

Ao fim e ao cabo, se é certo ter havido a morte do Estado providência, a conversão aí operada não leva à morte do Estado social, que, pois, continua a relevar nas agendas política e dogmática[17].

3. O CUSTO DOS CUIDADOS EM SAÚDE NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL

Assim, se se reconhece que a despesa total com cuidados de saúde tem crescido de forma significativa nas últimas décadas, com incremento mais pronunciado na componente da despesa pública, parece adequado admitir a urgente necessidade de revisão da participação do setor público como garantia da própria sustentabilidade do sistema e das finanças públicas.

A título meramente exemplificativo, dados da OCDE demonstram que em Portugal o setor público, em 2008, respondeu por 65,1% dos gastos com saúde, cabendo ao setor privado suportar 34,9% das despesas[18]. Ora, se é certo que elevada é a participação do setor público em Portugal, não menos correto é admitir que o crescimento dos gastos públicos com a saúde tem levado o governo português, desde a década de 90 do século passado, a procurar alternativas ao modelo de financiamento que, de alguma forma, aliviem a responsabilidade do orçamento do Estado no pagamento das despesas com saúde, coisas que assim se passam em variados quadrantes.

O aumento dos gastos em saúde, pois, não é característica apenas de Portugal. Relatório da OCDE demonstra que as despesas com saúde continuam crescendo mais rapidamente em comparação com o crescimento econômico da

15 - Do qual o acesso aos cuidados em saúde parece ser o mais emblemático e o de maior relevo.

16 - LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? *A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010, p. 73-74.

17 - LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010, p. 24. Loureiro assenta que o Estado social não é uma categoria, empírica ou normativamente, morta ou moribunda: nem do lado substantivo (Estado), nem do adjetivo (social). Para ele, a falência de uma compreensão obesa do Estado social – o Estado providência –, que se traduziu numa "colonização do mundo-da-vida" e em mecanismos de desresponsabilização das pessoas, não deve ser lida como sinônimo de réquiem pelo Estado social: "(...) Este, calejado pela maturidade do tempo, maior ou menor consoante chegou mais cedo (v.g., Alemanha) ou mais tarde (v.g., Portugal, marcado, no caso, por um conjunto de irracionalidades, nomeadamente em domínios como a saúde e a segurança social, que exigem claros esforços de controlo dos interesses e estratégias de racionalização), não escapa ao pós da circunstância: não ao da sua superação, em que o social daria lugar ao pós-social, mas o do alargamento do campo de adjetivação. Com efeito, ao social aparece agora acoplado um pós-providência e, a par da responsabilidade de prestação, afirma-se uma responsabilidade de garantia. O Estado garantidor não é, pois, um Estado desertor" (p. 107-108).

18 - Health Data, 2008. Disponível em http://stats.oecd.org/index.aspx?lang=fr. Acesso em 18/2/2012.

maior parte dos países que a integram, perpetuando, assim, a tendência observada desde os anos 1970. Segundo o estudo, as despesas com saúde alcançaram a marca de 9,5% do PIB em média para o ano de 2009, último ano acerca do qual se dispõe dos referidos dados, o que representa uma alta de 8,8% em relação ao ano de 2008, segundo a base de dados da OCDE para o ano de 2011[19]. Em tal contexto, os Estados Unidos conservaram o maior avanço com despesas em saúde por habitante, as quais se elevaram a U$ 7.960, ou seja, duas vezes e meia a média dos países da OCDE, que se encontra no patamar de U$ 3.223.

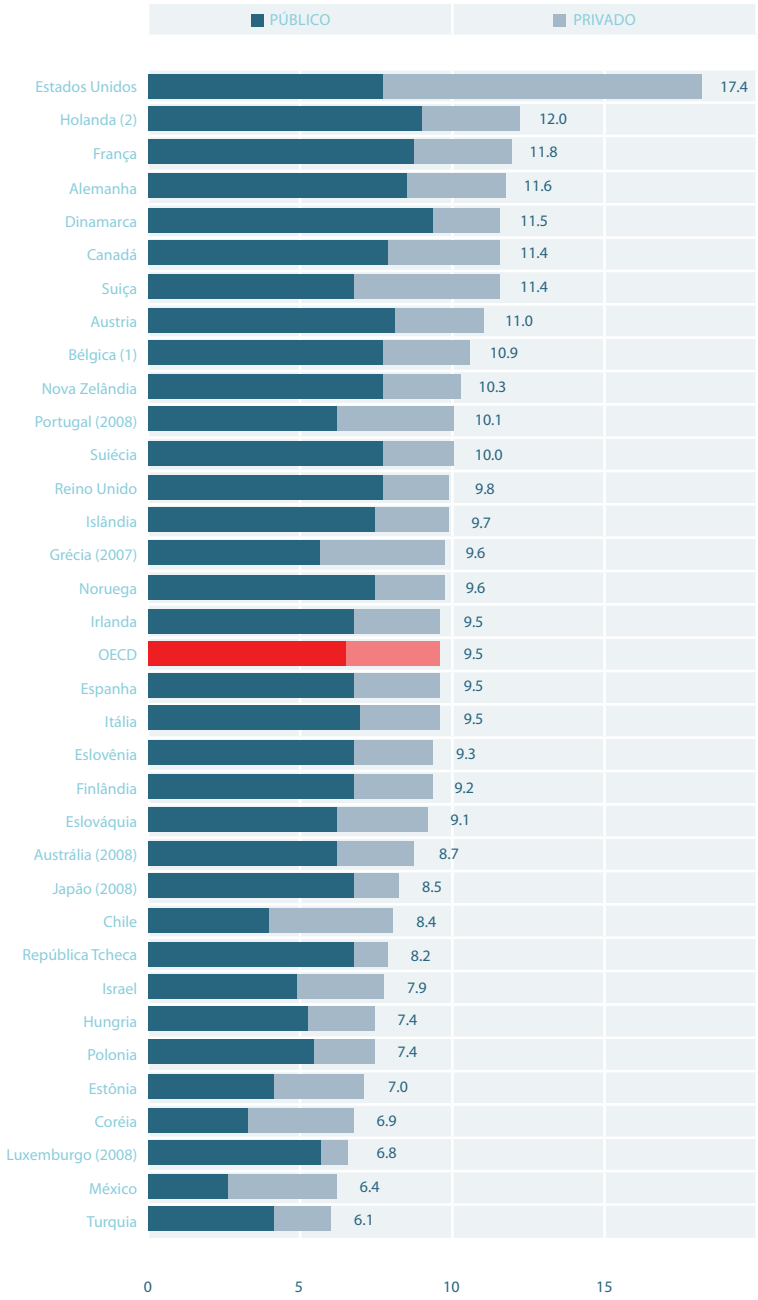
Ainda segundo dados da OCDE, os Estados Unidos destinaram, em 2009, 17,4% de seu PIB à saúde, ou seja, 5 pontos percentuais a mais relativamente aos países que, em tal ranking, ocupam as segunda e terceira posições, a saber, Países Baixos e França, que destinaram, respectivamente, 12% e 11,8% de seu PIB para as despesas em saúde.

O quadro a seguir revela a exata noção do que está aqui a ser dito.

19 - OECD Health Data 2011. Disponível em http://www.oecd.org/document/56/0,3746,en_2649_33929_12968734_1_1_1_1,00.html. Acesso em 20/2/2012. É certo, porém, que a tendência parece ser a de melhora nos referidos indicadores. Segundo o referido relatório, *"(…) this is due to improving economic growth and lower health spending as governments seek to rein in budget deficits. While governments must do more to get better value for money from healthcare spending, they must also continue pursuing their long-term goals of having more equitable, responsive and efficient health systems, according to the OECD. The rise in the health spending share of GDP was particularly marked in countries hard hit by the global recession. In Ireland, the percentage of GDP devoted to health increased from 7.7% in 2007 to 9.5% in 2009. In the United Kingdom, it rose from 8.4% in 2007 to 9.8% in 2009. Health spending per capita increased on average across OECD countries by 3.8% in 2008 and 3.5% in 2009. Public spending on health grew even faster, at an average rate of 4.8% in 2008 and 4.1% in 2009. Private spending also continued to increase in most countries, but at a slower pace (1.9% in 2008 and 2.7% in 2009)".*

20 - Vale o registro de que as tendências a curto e longo prazo foram extraídas da base de dados da OCDE sobre a saúde 2011, a fonte estatística mais vasta para comparar a saúde e os sistemas de saúde dos 34 integrantes da organização.

DESPESAS DE SAÚDE TOTAL EM PORCENTAGEM DO PIB – 2009.



Fonte: Health Data, 2011[20].

Apesar dos esforços, a participação do setor público apresenta-se ainda elevada, de modo que é de se esperar seja a atuação do setor público brasileiro muito mais acentuada em comparação com o quadro português e, de resto, em comparação com os países membros da OCDE, pela singela razão de no Brasil serem ainda por tudo recentes os programas que procuram de alguma forma substituir a participação do Poder Público pelo setor privado no financiamento e execução de cuidados em saúde.

Neste sentido, numa conjugação de razões pluridirecionais, pode-se dizer que as profundas transformações pelas quais está atravessando o Estado brasileiro, em especial aquelas sentidas na última década do século passado e na primeira década deste século XXI, estão forçando o seu retorno às funções clássicas, sem descuidar de sua função de ente regulador da economia e garantidor dos direitos sociais.

4. A PARTICIPAÇÃO DO SETOR PRIVADO NA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS EM SAÚDE: UM NOVO MODELO DE PROVISÃO

Notadamente no setor da saúde pública, os governos de diversos países europeus, a partir do final dos anos 80 do século passado, começaram a questionar a estrutura de administração dos seus sistemas de saúde. Nos países em que o Estado era o ator central no setor, os decisores políticos foram compelidos, por uma combinação de aspectos econômicos, sociais, demográficos, de gestão, tecnológicos e ideológicos, a rever o modelo de governabilidade do sistema. Nos países em que o Estado tinha um papel menos central no setor da saúde – assumindo-se especialmente como financiador e regulador –, desenvolveu-se um processo similar, mas com um diferente ponto de partida. A pressão para uma melhoria relevante da governação na saúde, que se sentiu em praticamente toda a Europa, traduziu-se, em alguns países, em processos de descentralização – do financiamento e/ou das decisões de organização dos serviços – para níveis regionais ou municipais, na privatização da gestão e, mais raramente, na privatização da própria propriedade das unidades prestadoras[21].

Por outras palavras, se a diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e do Estado de bem-estar é que, enquanto naquela se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também as obrigações positivas, nesta, sem deixar de manter barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. E na passagem de um Estado providência forte para um Estado providência fraco, que é designadamente ao que se assiste hoje, as obrigações

21 - SIMÕES, Jorge; DIAS, Ana. *Gestão da Saúde e Despesa Pública* **in**. A Reforma do Sector da Saúde: uma realidade iminente? Cadernos IDEFF, n° 11. Organização: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. Coimbra: Almedina, 2010, p. 84. Ainda segundo os referidos autores, a utilização de mecanismos de mercado nos sistemas públicos e sociais produziu uma reconfiguração da organização do sistema de saúde e, em particular, uma crescente empresarialização da atividade (p. 84).

a serem suportadas pelo Estado passam a se dar numa dimensão indireta, em multiplicidade aos modos de resposta, por meio, sobretudo, da participação privada na provisão dos serviços de relevância pública.

Neste sentido, aduz Eduardo Paz Ferreira que são as vicissitudes do Estado de bem-estar social e a crescente dificuldade em encontrar amplo acordo social em que se pudesse basear a atuação estatal – porque em muitas situações se verifica que esta tende a privilegiar determinadas camadas com especial poder reivindicativo – que levou e está a levar a que se procurem novas formas de enlace entre o Estado e a sociedade[22]. Segundo o professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, trata-se de soluções que não implicam o abandono de uma presença ativa do Estado, enquanto agente regulador da vida econômica, mas que tende a aproximar o poder de decisão dos cidadãos[23]. Por outras palavras, abdica o Estado de formas puramente unilaterais de atuação para procurar associar às suas decisões os cidadãos ou, pelo menos, os organismos considerados representativos dos interesses existentes na sociedade[24], com a consciência, cada vez mais presente, de que o Poder Público, ao tempo em que necessita ser mais eficiente, tem de reduzir sensivelmente os gastos de custeio, que a poucos beneficiam.

Um retorno ao passado, com outras cores, é o que parece ensaiar-se por todos os lados, em que a visão, de outrora, ampliativa da participação do Estado é, ou tenderá a ser, suavizada pela maior relevância da participação da sociedade civil na promoção do bem comum, ante as inúmeras possibilidades de atuação conjunta dos particulares com a Administração Pública. Trata-se de um programa de cidadania que certamente não pressupõe Estado grande, mas Estado eficaz, mediante a consideração a uma enorme variedade de esquemas e soluções prestacionais à coletividade, a variar segundo as circunstâncias geográficas, culturais, econômicas e sociais. Conforme bem disserta Loureiro, a dor e o sofrimento humano provocados pela miséria e pela privação não se resolvem com uma deserção do Estado, embora também não se solucionem pondo no Estado todo o enlevo e toda a esperança[25].

O que parece certo, enfim, é que nos próximos anos a demanda por cuidados em saúde, por razões já mencionadas (sendo o envelhecimento da população a mais importante delas), estará sob intensa pressão, fator a certamente desafiar a sustentabilidade dos sistemas de saúde e também das finanças públicas, num horizonte em que as despesas com saúde tenderão certamente a aumentar as restrições de ordem

22 - No que pode ser identificado como um período de transição que coincide com a crise de governabilidade do sistema, marcada pela contestação ao Estado hegemônico e pela demanda generalizada por uma nova ordem, no mínimo mais inclusiva.

23 - FERREIRA, Eduardo Paz. *Lições de Direito da Economia*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 338.

24 - FERREIRA, Eduardo Paz. *Lições de Direito da Economia*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 339.

25 - LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010, p. 11.

orçamentária[26]. Não por acaso, a formulação de políticas públicas, orientadas para a implantação de reformas sociais, deve estar vinculada aos efeitos da política macroeconômica realizada pelo Estado, na busca de produzir efeitos dinâmicos na economia. Garantir a sustentabilidade financeira dos sistemas de saúde, com benefícios não apenas para os vivos, mas ainda aos elementos das gerações futuras (na medida em que esteja em causa a sobrevivência mesmo da sociedade) requer a adoção de diversas medidas simultâneas, não sendo identificável uma que, por si só, a assegure, até porque a sustentabilidade guarda dependência com fatores exógenos ao setor da saúde, como sejam a evolução da restante despesa pública e das receitas do Estado.

Daí dizer Matias-Pereira que a legitimidade do Estado está na dependência de sua capacidade de implantação de políticas públicas, indispensáveis para a solução das questões das desigualdades e injustiças sociais[27].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O terreno sobre o qual se está a pisar é, evidentemente, bastante movediço e nebuloso apresenta-se o horizonte. A única certeza que se tem é a de que os prestadores públicos e privados de serviços em saúde serão cada vez mais chamados a satisfazer crescentes volumes prestacionais, com a incumbência de gerir melhor os custos e de salvaguardar a qualidade dos cuidados em saúde.

O alcance deste resultado esperado vai exigir, sobretudo, uma consistente gestão das finanças públicas, a ser satisfeita de variadas formas. A participação do setor privado, é certo, sem ser a panaceia, parece ser uma das soluções para tão importante e contemporâneo impasse, quando já não convencem mais os postulados e os fundamentos de um inexequível Estado providência.

É que a posição de garantia ostentada pelo Estado na área da saúde não deve ser lida em termos de monopólio de produção de bem-estar, contexto em que se deve prestigiar uma posição em defesa de uma interação entre o Estado e a sociedade no encaminhamento das políticas públicas, notadamente no setor da saúde.

A participação do setor privado, enfim, apresenta-se hoje como incontornável tendência mundial, da qual o Brasil, desde que queira realizar em sua plenitude a ideia de democracia econômica, social e cultura, não poderá se afastar. Na contraface de um mundo em restrições, apresenta-se um mundo de possibilidades.

---

26 - Em sentido semelhante são as observações de Amaral e Melo, segundo quem a demanda por tecnologia de cuidados de saúde não deixará de crescer em razão de o envelhecimento da população levar ao aumento da demanda por cuidados médicos (AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* **in**. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Organizadores: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91).

27 - MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças Públicas – a política orçamentária no Brasil*, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. xvii.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADOR, Olívio Mota. A Organização do Sector Público da Saúde em Portugal in. A Reforma do Sector da Saúde: uma realidade iminente? Cadernos IDEFF, n° 11. Organização: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. Coimbra: Almedina, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? in. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Organizadores: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BALDO, Rafael Antonio. Novos horizontes para a gestão pública. Curitiba: Juruá, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional Passa: o Direito Administrativo Passa Também in. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra, 2001.

BRASIL, Conferência Nacional dos Bispos do. Campanha da Fraternidade 2012. Disponível em http://www.cnbb.org.br/site/campanhas/fraternidade.

FERREIRA, Eduardo Paz. Lições de Direito da Economia. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

Health Data, 2008. Disponível em http://stats.oecd.org/index.aspx?lang=fr. Acesso em 18/2/2012.

KRUGMAN, Paul. A consciência de um liberal. Trad. Lisboa: Presença, 2009.

LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos". Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra, 2010.

MAFFESOLI, Michel. Elogio da razão sensível. Trad. Petrópolis: Vozes, 1998.

MÂNICA, Fernando Borges. O setor privado nos serviços públicos de saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MATIAS-PEREIRA, José. Finanças Públicas – a política orçamentária no Brasil, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OECD Health Data 2011. Disponível em http://www.oecd.org/document/56/0,3746,en_2649_33929_12968734_1_1_1_1,00.html.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias na Saúde: reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei Federal nº 11.350/2006. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. Crise, Estado e pós-modernidade: em busca de um paradigma contemporâneo de intervenção. Relatório de estágio de mestrado em Ciências

Jurídico-Econômicas (Economia Política). Orientação: MARTÍNEZ, Pedro Soares. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.
SIMÕES, Jorge; DIAS, Ana. Gestão da Saúde e Despesa Pública in. A Reforma do Sector da Saúde: uma realidade iminente? Cadernos IDEFF, n° 11. Organização: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. Coimbra: Almedina, 2010.
STIGLITZ, Joseph E. La economía del sector público, 3 ed. Trad. Barcelona: Antoni Bosch, 2000.
TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: um perspectiva de Direito e Economia in. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Coordenadores: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. La Exigencia de Justicia. Trad. Madrid: Trota, 2006.

A OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO DE DIREITO AUTORAL PELOS HOSPITAIS NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOSENIR TEIXEIRA

Advogado, Mestre em Direito pela FADISP, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIFMU/SP, em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), em Direito do Trabalho pelo Centro de Extensão Universitária (CEU/SP-IICS) e em Direito do Terceiro Setor pela FGV/SP. É vice-presidente do IBATS – Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor. É fundador e editor da RDTS – Revista de Direito do Terceiro Setor. É membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP. É 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. É Conselheiro Fiscal do IATS – Instituto de Administração para o Terceiro Setor Luiz Carlos Merege. É 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). É articulista da revista Notícias Hospitalares (www.noticiashospitalares.com.br) e da Revista Brasileira de Direito da Saúde (www.rbds.com.br), editada pela CMB – Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas. É consultor jurídico da FBAH – Federação Brasileira de Administradores Hospitalares. OAB/SP 125.253

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A regulamentação do direito autoral no Brasil. 3. O ECAD: conceito, atuação e legitimação para cobrar direitos autorais. 4. Os devedores de direitos autorais. 5. O descabimento de aplicação de multa. 6. Conclusão.

RESUMO: A disponibilização de aparelhos de televisão e rádio (inclusive rádios-relógios e mesmo que independentes) em ambientes de frequência coletiva de pessoas, como as clínicas e os hospitais, por exemplo, ou mesmo nos quartos ou aposentos individuais de internação, gera a obrigatoriedade de pagamento de direitos autorais das obras artísticas executadas, que são legitimamente cobrados pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e posteriormente distribuídos entre os artistas. É a essa conclusão que se chega após o estudo de dezenas de julgados do Superior Tribunal de Justiça, que compõem a base de sustentação da opinião exarada neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autoral. ECAD. Hospitais. Clínicas. Pagamento. Obrigatoriedade.

1. INTRODUÇÃO

A consequência de ouvir músicas pelo rádio (ou pela internet – webcasting, streaming[1] etc.) ou assistir a programas de televisão em nossa casa ou no carro é diferente de realizar os mesmos atos em público. A prática dos primeiros não acarreta o pagamento de direito autoral para quem foi o autor das canções ou o escritor do programa.

Porém, quando as mesmas músicas ou programas são disponibilizados ou utilizados para entreter um público, há a necessidade de se remunerar os autores intelectuais das obras. E essa obrigatoriedade de pagamento surge mesmo quando não há interesse lucrativo por parte de quem disponibilizou ou facilitou aquela situação,

1 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Civil n. 0174958.45.2009.8.19.0001. Quinta Câmara Cível. Revisor designado para o acórdão Desembargador Antônio Saldanha Palheiro. Julgamento em 12.04.2011.

seja pessoa jurídica de direito privado ou de direito público.[2 3]

Exemplificando: o fato de o hospital ou uma clínica deixar um aparelho de televisão ligado na sala de recepção ou de espera para a realização de exames, para entreter o paciente enquanto aguarda a sua vez para ser atendido, gera para tais estabelecimentos a obrigatoriedade de pagamento de direitos autorais. A sistemática adotada pelo Brasil, e validada pelo Superior Tribunal de Justiça, indica que os pagamentos deverão ser feitos para o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, a quem cabe distribuir os valores arrecadados aos autores das obras.

Pretendemos lançar luzes sobre este assunto e apontar a postura do Superior Tribunal de Justiça sobre ele, por meio da análise de recentes decisões.

2. A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NO BRASIL

Os direitos autorais são tratados pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos XXVII[4] e XXVIII[5].

Para regulamentar referidos dispositivos constitucionais editou-se a Lei n. 9.610/98, que regula os direitos autorais (que são considerados bens móveis), entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos. A leitura da lei nos remete a sequenciamento de previsões que permite a exata compreensão do assunto, passo a passo.

O autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11) e pertencem a ele os direitos morais (que são inalienáveis e irrenunciáveis, art. 27) e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22). Depende de sua autorização prévia e expressa a utilização da obra por quaisquer modalidades (art. 29). O titular dos direitos autorais, no exercício do direito de reprodução, poderá colocar à disposição

2 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 524.873. Segunda Seção. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 17.11.2003. Ementa: CIVIL. DIREITO AUTORAL. ESPETÁCULOS CARNAVALESCOS GRATUITOS PROMOVIDOS PELA MUNICIPALIDADE EM LOGRADOUROS E PRAÇAS PÚBLICAS. PAGAMENTO DEVIDO. UTILIZAÇÃO DA OBRA MUSICAL. LEI N. 9.610/98, ARTS.28, 29 E 68. EXEGESE. I. A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor. II. Recurso especial conhecido e provido.

3 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 238.722. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 21.08.2000. Ementa: DIREITO AUTORAL. BAILES CARNAVALESCOS E SHOW EM PRAÇA PÚBLICA PROMOVIDOS PELO MUNICÍPIO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. - Dá ensejo ao pagamento dos direitos autorais o aproveitamento da obra, haja ou não alguma vantagem econômica. Recurso especial conhecido e provido.

4 - XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

5 - XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito. (art. 30) Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração. (art. 30, § 2º) O autor tem o direito de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado. (art. 38) Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas em representações e execuções públicas. (art. 68)

3. O ECAD: CONCEITO, ATUAÇÃO E LEGITIMAÇÃO PARA COBRAR DIREITOS AUTORAIS

Prevê a Constituição Federal:

> Art. 5º. [...]
> XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Por sua vez, consta da Lei n. 9.610/98, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais:

> Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro.
> § 1º É vedado pertencer a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza.
> § 2º Pode o titular transferir-se, a qualquer momento, para outra associação, devendo comunicar o fato, por escrito, à associação de origem.
> § 3º As associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista nesta Lei.
> Art. 98. Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança.
> Parágrafo único. Os titulares de direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados.
> Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.
> § 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.
> § 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles

vinculados.
§ 3º O recolhimento de quaisquer valores pelo escritório central somente se fará por depósito bancário.
§ 4º O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do empresário numerário a qualquer título.
§ 5º A inobservância da norma do parágrafo anterior tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

Por conta dos gatilhos constitucional e legal acima mencionados, pessoas jurídicas se reuniram e criaram o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que possui natureza jurídica de associação civil sem fins lucrativos, de direito privado, é sediada no Rio de Janeiro/RJ e é composta por "nove associações de música para realizar a arrecadação e a distribuição de direitos autorais decorrentes da execução pública de músicas nacionais e estrangeiras [...]".

O quadro associativo do ECAD é formado por associações de titulares de direitos autorais[6], que compõem a sua assembleia geral. São elas as responsáveis pela fixação dos preços e regras de cobrança e distribuição dos valores arrecadados.[7]

Referida associação "é composta por 28 unidades arrecadadoras, 840 funcionários, 52 escritórios de advocacia prestadores de serviço e 99 agências autônomas instaladas em todos os Estados da Federação. O controle de informações é realizado por um sistema de dados totalmente informatizado e centralizado, que possui cadastrados em seu sistema 536 mil titulares diferentes. Estão catalogadas 3.225 milhões de obras, além de 1.194 mil fonogramas, que contabilizam todas as versões registradas de cada música. Os números envolvidos fazem com que aproximadamente 81 mil boletos bancários sejam enviados por mês, cobrando os direitos autorais daqueles que utilizam as obras musicais publicamente, os chamados "usuários de música", que somam 443 mil no cadastro do ECAD."[8]

O objetivo de referida associação é a arrecadação, fiscalização[9], controle e distribui-

6 - Eis as associações integrantes do ECAD: ABRAMUS (Associação Brasileira de Música e Artes), AMAR (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes), ASSIM (Associação de Intérpretes e Músicos), SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), SOCINPRO (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais), UBC (União Brasileira de Compositores). Associações administradas: ABRAC (Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos) e SADEMBRA (Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil). Disponível em http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/conteudo.aspx?codigo=21, Acesso em 22 out 2012, 11h33.

7 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 163.543. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 13.09.1999. Consta da ementa: Direito autoral. Tabela de preços. Competência do ECAD.1. Não cabe ao Poder Público estabelecer tabela de preços para a cobrança de direitos autorais, ausente qualquer comando legal nessa direção, competente, assim, o ECAD para tanto. [...]

8 - http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/conteudo.aspx?codigo=16 - Acesso em 13 out 2012, 11h45.

ção dos direitos autorais sobre as execuções musicais, ou lítero-musicais e de fonogramas, nacionais e estrangeiros, e isso de forma exclusiva no Brasil.

A atuação do ECAD está sacramentada pelo Superior Tribunal de Justiça como a entidade legitimada[10] para buscar e realizar a cobrança dos direitos autorais de quem reproduz obras de intelecto e distribuir os respectivos valores aos seus autores, representados pelas associações civis que compõem o seu quadro associativo.[11 12 13]

Nessa linha decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL. DIREITO AUTORAL. COBRANÇA. ECAD. LEGITIMIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CAPTAÇÃO DE MÚSICA COM AMBIENTAÇÃO POR MEIO DE SONORIZAÇÃO MECÂNICA. BAR/RESTAURANTE E ACADEMIA DE
> GINÁSTICA. LUCRO INDIRETO. SÚMULA N. 63-STJ. LEI N. 5.988/73.
>
> I. O ECAD tem legitimidade ativa para, como substituto processual, cobrar direitos autorais em nome dos titulares das composições lítero-musicais, inexigível a prova de filiação e autorização respectivas.
> II. A captação de música em rádio e a sua divulgação através de sonorização ambiental em estabelecimentos comerciais que dela se utilizam como elemento coadjuvante na atração de clientela, constitui hipótese de incidência de direitos autorais, nos termos do art. 73 da Lei n. 5.988/73.
> III. "São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais" - Súmula n. 63-STJ.
> IV. Recurso especial conhecido e provido em parte.[14]

É assente no âmbito da Corte Superior que o ECAD não atua em nome pró-

9 - A fiscalização é feita pelo ECAD por intermédio de pessoa por ele designada que vai até o estabelecimento e constata (vê e ouve) a existência da sonorização pela música ou exibição de imagens pela televisão. Ou menos que isso: há casos em que alguém liga e pergunta se na sala de recepção é disponibilizada música ou televisão. Diante da resposta afirmativa, o estabelecimento é autuado. A partir disso, confirmado que o estabelecimento não faz o pagamento mensal dos valores constantes de tabela progressiva elaborada pelo próprio ECAD, que leva em consideração a metragem quadrada da área sonorizada, ele é autuado.

10 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 826.676. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ 09.06.2009.

11 - Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.120.027. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 26.11.2009. Consta da ementa: [...] III – Segundo a orientação desta Corte, o ECAD tem legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram. Precedentes.

12 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 958.058. Quarta Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. DJe 22.03.2010. Consta da ementa: [...] 1. O ECAD tem legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram.

13 - Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 709.873. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 08.10.2008. Consta da ementa: [...] II - Conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal a legitimidade ativa do ECAD para propositura de ação de cobrança independe de prova de filiação ou autorização dos autores nacionais ou estrangeiros. Precedentes. Súmula 83/STJ.

14 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 111.105. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 10.02.2003.

prio, mas no interesse de seus associados e dos titulares de direitos autorais, sendo seu papel em juízo o de verdadeira substituição processual.[15] [16] [17] [18]

É esse o entendimento daquela Corte, como, por exemplo, constou do seguinte julgado:

> DIREITOS AUTORAIS. ECAD. LEGITIMIDADE ATIVA. PROVA DE FILIAÇÃO E AUTORIZAÇÃO DOS COMPOSITORES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. COBRANÇA. RETRANSMISSÕES RADIOFÔNICAS DE MÚSICAS EM APOSENTOS DE MOTEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO DE TEMA. FINALIDADE PROTELATÓRIA NÃO CONFIGURADA. SANÇÃO PROCESSUAL (CPC, ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO). DESCABIMENTO.
>
> - O ECAD tem legitimidade para promover ação de cobrança de direitos autorais em virtude de retransmissão de composições musicais, sendo desnecessária a prova de filiação e da autorização do titular dos direitos reivindicados, conforme pacífica jurisprudência desta Corte.
> - É pacífico nesta Corte o entendimento de que a retransmissão radiofônica de músicas em quartos de motéis está sujeita ao pagamento de direitos autorais, mas tendo em conta a taxa média de utilização dos equipamentos de retransmissão, o que será apurado por arbitramento. [...]
> - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte.[20]

A forma de identificação do valor a ser cobrado pela execução pública de obras artísticas é definida pelo próprio ECAD, por meio de Regulamento de Arrecadação definido internamente pelas suas associadas, o que também é legitimado pelo Superior Tribunal de Justiça. A intimação do devedor de direitos autorais é formalizada por meio de documento identificado como Termo de Verificação de Utilização de Obras Musicais. Decidiu a Corte Superior:

> CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. BAILE DE CARNAVAL EM CLUBE. ECAD. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. VALORES. TABELA PRÓPRIA. VALIDADE. LUCROS DIRETO E INDIRETO CONFIGURADOS. LEI N. 5.988/73. PREQUESTIONAMENTO. AU-

15 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 983.357. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJe 17.09.2009.

16 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 142.627. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 23.09.2002.

17 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 82.178. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ 07.10.1996.

18 - Para constar, este posicionamento é recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se constata do Recurso Extraordinário n. 103.058. Primeira Turma. Relator Ministro Soares Munoz. DJ 26.10.1984.

19 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 157.845. Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. DJ 26.04.1999.

20 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 73.465. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 22.08.2005.

SÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356-STF.

I. A ausência de prequestionamento impede a apreciação do STJ sobre os temas não debatidos no acórdão estadual.
II. O ECAD tem legitimidade ativa para, como substituto processual, cobrar direitos autorais em nome dos titulares das composições lítero-musicais, inexigível a prova de filiação e autorização respectivas.
III. Caracterização de ocorrência de lucro direto e indireto no caso de promoção, por clube social, de bailes de carnaval.
IV. Os valores cobrados são aqueles fixados pela própria instituição, em face da natureza privada dos direitos reclamados, não sujeitos a tabela imposta por lei ou regulamentos administrativos.
V. Precedentes do STJ.
VI. Recurso especial do autor conhecido e provido. Recurso adesivo da ré não conhecido.

No ato de realizar a cobrança de direitos autorais, o ECAD não é obrigado a identificar individualmente os artistas que representa e nem provar que eles são (ou seriam) filiados às associações que compõem o seu quadro associativo. Nesse sentido, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITO AUTORAL. ECAD. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL.

I – O ECAD é parte legítima para ajuizar ação em defesa dos direitos de autores de obras musicais, independentemente de autorização ou prova de filiação destes.
II – A correção monetária da verba indenizatória decorrente de violação do direito autoral deve incidir a partir do ilícito praticado.
III - Recurso especial de Sistema Atual de Radiodifusão Ltda. não conhecido e recurso especial do ECAD conhecido e provido. [21]

Há orientação da Corte Superior no sentido de que a cobrança de direitos autorais pela transmissão radiofônica em quartos de hotel não pode ser pela totalidade dos apartamentos, mas pela média de utilização do equipamento. Eis as ementas de alguns julgados nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. RETRANSMISSÃO POR APARELHO DE RADIO EM QUARTO DE HOTEL. PRECEDENTES DA 2A. SEÇÃO. APLICAÇÃO DA SUMULA N. 63.

1. É devida a cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica em quartos de hotel, na medida em que integra o conjunto de serviços oferecidos pelo estabelecimento comercial hoteleiro aos seus hóspedes.
2. A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica em quartos de hotel não pode ser pela totalidade dos apartamentos e sim pela média de utilização do equipamento.

21 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 251.717. Terceira Turma. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. DJ 11.11.2002.

3. Recurso conhecido e provido em parte. [22]

DIREITO AUTORAL. SONORIZAÇÃO AMBIENTAL EM QUARTO DE HOTEL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Já decidiu a Corte que o ECAD é parte legítima para ajuizar ação de cobrança de direito autoral, independentemente da prova de filiação dos compositores.
2. A Segunda Seção já assentou que a cobrança pela sonorização ambiental em quarto de hotel deve ser feita pela média de utilização do equipamento, como apurado em liquidação.
3. A cobrança de direitos autorais em caso de sonorização ambiental não exige a discriminação dos autores e das músicas tocadas, sob pena de inviabilizar-se o sistema, como bem assinalado em precedente da Corte.
4. Recurso especial conhecido e, em parte, provido.[23]

Do total arrecadado pelo ECAD – mais de R$ 200 milhões em 2010 –, 75,5% destinam-se aos detentores dos direitos autorais, 7,5% às associações que compõem o seu quadro associativo e 17% referem-se à taxa administrativa que ele cobra para executar a sua finalidade.

A título de curiosidade, o compositor Victor Chaves, da dupla sertaneja Victor e Leo, foi o campeão em recebimento de direitos autorais em 2009. O também sertanejo Sorocaba, da dupla com Fernando, também é um dos líderes de arrecadação. Estes dois artistas se revezam na liderança do ranking nacional também em 2012[24]. O cantor Durval Lelys, vocalista da banda Ásia de Águia, foi o vencedor em 2010.

A sistemática de atuação do ECAD está na berlinda, pois se desconfia da regularidade de sua atuação na distribuição dos recursos financeiros por ele arrecadados. O Ministério da Cultura capitaneia movimento para reforma da legislação e os artistas e ativistas em geral querem a adoção de mecanismos que aumentem a transparência da partilha dos direitos autorais, inclusive com a fiscalização estatal, pois a arrecadação é impositiva. Por outro lado, há quem defenda que a fiscalização deve ser feita pelos próprios artistas.

No Congresso Nacional, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) investiga eventuais irregularidades na distribuição de recursos pelo ECAD, sendo que, no relatório apresentado, o relator da CPI, o senador Lindbergh Farias (PT-RJ), pediu o indiciamento de quinze pessoas, entre integrantes da cúpula da entidade e dirigentes das associações que a compõem. A CPI viu indícios de irregularidades como apropriação indébita de valores, fraude na realização de auditoria, formação de cartel e

22 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 102.954. Segunda Seção. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 16.06.1997

23 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 255.387. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 04.12.2000.

24 - Disponível em http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/RankingAutoral.aspx, Acesso em 22 out 2012, 10h30.

enriquecimento ilícito.[25]

4. OS DEVEDORES DE DIREITOS AUTORAIS

A leitura da Lei nº 9.610/98 nos informa as circunstâncias e os fatos geradores de pagamento de direitos autorais. Prevê referida norma legal:

> Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
> § 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.
> § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.
> § 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.
> [...]

O parágrafo terceiro do art. 68 da lei em questão, acima transcrito, nos informa que as clínicas e os hospitais são considerados *locais de frequência coletiva* e, caso neles sejam executadas obras intelectuais que se enquadrarem em referida legislação, eles deverão pagar direitos autorais, mesmo que tal execução não vise atrair clientela, não tenha objetivo de lucro[26] e que seja somente para a distração dos pacientes. Não importa.

A execução das obras artístico-musicais, que pode se dar apenas por meio de ambientação musical e de aparelhos de televisão ligados em programas veiculados na TV aberta ou por meio de assinatura, pode se realizar em ambientes coletivos, como as salas de espera e as enfermarias, ou mais restritos, como os

25 - Disponível em http://oglobo.globo.com/cultura/cpi-aprova-relatorio-do-ecad-4740665, Acesso em 22 out 2012, 10h35.

26 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 121.729. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 15.05.2000. Ementa: Direitos autorais. Utilização de obras musicais para promover exposição agropecuária. A menção a lucro, constante do artigo 73 da Lei 5.988/73, não era de ser interpretada estritamente. A expressão haveria de entender-se de modo amplo, de maneira a abranger qualquer tipo de proveito, ainda que sem significação econômica.

apartamentos individuais de internação.

Existindo os aparelhos, configurada está a execução de obras intelectuais, fato gerador do pagamento de direitos autorais, pois se entende que a simples disponibilização deles "integra e incrementa o conjunto de serviços oferecidos pelos estabelecimentos [quartos de hotéis, no caso], com a exploração das obras artísticas, ainda que não utilizados tais serviços por todos os hóspedes."[27]

Não há dúvida no Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização dos hospitais e clínicas como locais de execução pública, pois tal entendimento decorre da mesma norma que assim qualifica hotéis e motéis.[28] Nesse sentido, cita-se a seguinte decisão:

> CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. SONORIZAÇÃO DE QUARTOS DE HOSPITAL. COBRANÇA DEVIDA. LEI Nº 9.106/98. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL.
> 1. A Segunda Seção deste Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis (REsp nº 556.340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 11/10/2004).
> 2. Deve ser estendido para os quartos de clínicas de saúde ou hospitais o mesmo raciocínio desenvolvido para a cobrança de direitos autorais de transmissões em quartos de hotéis ou motéis. Precedentes.
> 3. Estando o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal Superior, fica o recurso especial obstado pela incidência da Súmula 83 do STJ.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.[29]

É claro que a cobrança de direitos autorais pressupõe a prova efetiva da existência e disponibilização de aparelhos de rádio e televisão no(s) ambiente(s), seja ele coletivo ou individual, e que eles sejam (e estejam) aptos a difundir obras musicais e imagens e que efetivamente o façam.[30]

No passado, e não só nele, mas também hoje em dia, sustentava-se que a "mera captação de sinais de televisão enviados por emissora de TV a cabo não podia ser havida como execução pública", e, deste modo, não haveria falar-se em fato gerador do dever de pagar direitos autorais.

Também se defendia que "o quarto de hotel deve ser equiparado a ´casa´, para efeito de proteção legal", que ele não deveria ser considerado locais de frequência coletiva e que nele não havia "execução pública", "eis que a utilização dos aparelhos de rádio e televisão instalados ocorre somente pelo hóspede que

27 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011.

28 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 791.630. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ 04.09.2006.

29 - Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.061.962. Quarta Turma. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. DJe 31.08.2011.

30 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 900.520. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe 03.11.2008.

está utilizando o quarto, de forma privada, que assim como ouve o rádio e assiste televisão em sua casa o fará no hotel em que (está) hospedado, sintonizando na emissora que melhor lhe convier, sem qualquer ingerência neste ponto."[31]

Há que se dizer que o Superior Tribunal de Justiça entendia indevido o pagamento pleiteado pelo ECAD quando vigorava a Lei n. 5.988/73, revogada pela Lei n. 9.610/98 (exceto o seu artigo 17), sob o fundamento de que a utilização dos rádios receptores dentro dos quartos de hotéis não configurava a execução pública das obras, mas sim execução de caráter privado, dependendo da vontade dos hóspedes em promovê-la.[32, 33, 34]

As alegações acima mencionadas vingavam em vários Tribunais de Justiça Estaduais[35, 36, 37, 38], mas não prevaleceram no Superior Tribunal de Justiça, que mudou seu posicionamento a partir da entrada em vigor da Lei n. 9.610, em 20 de junho de 1998, e as afastou por completo por meio de numerosos julgados, basicamente em razão do previsto no parágrafo terceiro do artigo 68 de tal lei, que considerou os hotéis, motéis e assemelhados, inclusive seus quartos privativos[39]

31 - É o que consta do relatório do Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011.

32 - Vide voto do Ministro Sidnei Beneti no Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011, que cita julgados neste sentido: EREsp 76.882/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, DJ 16/11/1999; EREsp 45.675/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Waldemar Zveiter, Segunda Seção, DJ 02/04/2001 e EREsp 97.081/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Waldemar Zveiter, Segunda Seção, DJ 30/04/2001.

33 - Vide voto do Ministro Barros Monteiro no Recurso Especial n. 542.112. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Barros Monteiro. DJe 17.10.2005, que cita julgados neste sentido: REsp n. 165.729-SP, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, no que tange ao rádio receptor; e REsp n. 209.832-SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, quanto a aparelho de televisão).

34 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 215.917. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 17.12.1999. Ementa: Direitos autorais. Apartamento de hotéis. Aparelhos de televisão. Não são devidos direitos autorais pela empresa administradora de hotel que coloca, nos apartamentos, aparelhos receptores de rádio ou televisão, à disposição dos hóspedes. Precedente da Segunda Seção (ERESP 45.675). Ressalva do ponto de vista do relator.

35 - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0002208-69.2010.8.26.0595. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Teixeira Leite. Julgamento em 14.06.2012.

36 - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 9069144-98.2006.8.26.000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Miguel Brandi. Julgamento em 05.10.2011.

37 - Por outro lado, cite-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao analisar recurso de apelação interposto pela Sociedade Espanhola de Beneficência – Hospital Espanhol, se dobrou ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça: Apelação Cível n. 2008.001.38856, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Orlando Secco, julgamento de 28.10.2008.

38 - Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Apelação Cível nº 52.979, Segunda Câmara Cível, Relatora Desembargadora Clarice Claudino da Silva. Julgamento em 29.11.2007.

39 - A confirmar este entendimento: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 740.358. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 19.03.2007.

[40], como locais de frequência coletiva e que a execução de obras artísticas neles seria pública (§ 2º do art. 68 da lei em questão). Entenderam os magistrados que "a intenção do legislador foi ampliar a proteção dada aos titulares dos direitos autorais ante a exploração comercial das criações intelectuais."[41]

---

40 - Há divergência de entendimento, mesmo que vencida, acerca do fato de os quartos individuais serem considerados públicos. Afirmou o Ministro Massami Uyeda: "Conquanto os "motéis" estejam descritos pela norma legal como sendo locais de freqüência coletiva (artigo 68, § 3º, da Lei n. 9.610/98), o mesmo não se dá com relação aos seus cômodos individuais. Deve-se, portanto, averiguar se os quartos dos referidos estabelecimentos podem ser considerados como "locais de freqüência coletiva". Se a resposta for afirmativa, não há qualquer vício ou ilegalidade na cobrança pela execução das obras em seus interiores, do contrário, há que se afastar a exação. Analisando detidamente a questão, tenho que os quartos de motéis não podem ser concebidos como "locais de freqüência coletiva", isto porque, em verdade, estes ambientes equiparam-se, no momento de sua utilização pelos hóspedes, a um local privado, íntimo, igualando-se a uma casa para efeito de tutela.

Ora, se não é legítima a cobrança decorrente da exploração de direitos autorais dentro de uma residência privada, não é de se admiti-la se o mesmo ocorrer dentro de um quarto de motel. De fato, para efeito de tutela jurídica o termo "casa" deve ser compreendido de forma ampla, visto que nada mais reflete do que a projeção espacial da pessoa humana (Mendes, Gilmar Ferreira. et al. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 389). É irrelevante, portanto, que a moradia seja fixa ou não (um motor home, um navio, caminhão, por exemplo) ou que se trate de um aposento de habitação coletiva, como os quartos de hotel, motel ou, ainda, pensões (Miranda, Rosângelo de. A proteção constitucional da vida provada. apud Mendes, Gilmar Ferreira. et al. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 389). Não se pode, portanto, confundir um local de freqüência coletiva, como por exemplo, um motel, com um ambiente de habitação coletiva, como os cômodos individuais, os quais, quando ocupados, devem ser resguardados, porquanto, diga-se, delimitam geograficamente um espaço dentro do qual o indivíduo exerce e desfruta de sua privacidade, a qual, segundo Tércio Sampaio Ferraz, consiste em: "um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a moral do titular" (Ferraz, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, p. 77). Assim é que um quarto de motel, ambiente de habitação coletiva, é, em verdade, um recinto onde as pessoas buscam privacidade e, por mais transitória que seja a permanência em seus interiores, são protegidos da mesma maneira que uma residência particular. Observa-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que: "(...) o conceito de 'casa', para fim de proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello – RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce uma profissão. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de 'casa' revela-se plenamente consetâneo com a exigência de proteção à esfera de liberdade individual e privacidade pessoal (RT 214/409 - RT 277/573 - RT 635/341)" (RCH 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/2007)." Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.088.045. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 23.10.2009. Voto vencido do mesmo ministro, idêntico, também vencido, foi proferido no Recurso Especial n. 740.358. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 19.03.2007.

41 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011.

O Superior Tribunal de Justiça, em 1992, editou a Súmula n. 63, assim redigida: "

> Direito Autoral - Retransmissão Radiofônica de Música - Estabelecimentos Comerciais.
> São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônicas de músicas em estabelecimentos comerciais.

Eis a ementa dos julgados que originaram a edição da Súmula acima mencionada:

> CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. MUSICA AMBIENTE. RETRANSMISSÃO RADIOFONICA.
> A retransmissão[42] de música, para a sonorização de ambiente, em estabelecimento comercial, pela evidência de lucro, está sujeita a autorização, estando a aprovação da transmissão condicionada a prova do pagamento do valor correspondente aos direitos autorais.

> DIREITOS AUTORAIS. MÚSICA AMBIENTE EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL.RETRANSMISSÃO. PAGAMENTO DEVIDO. ORIENTAÇÃO FIRMADA. PRECEDENTES.
> Entende a Seção de Direito Privado, por maioria, que a utilização de música em estabelecimento comercial, mesmo quando em retransmissão radiofônica, está sujeita ao pagamento de direitos autorais, por caracterizado o lucro indireto, através da captação de clientela.[43]

Coube ao ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do Superior Tribunal de Justiça, relatar o Recurso Especial n. 556.340, assim ementado:

> DIREITO AUTORAL. APARELHOS DE RÁDIO E DE TELEVISÃO NOS QUARTOS DE MOTEL. COMPROVAÇÃO DA FILIAÇÃO. LEGITIMIDADE DO ECAD. SÚMULA Nº 63 DA CORTE. LEI Nº 9.610, DE 19/2/98.
>
> 1. A Corte já assentou não ser necessária a comprovação da filiação dos autores para que o ECAD faça a cobrança dos direitos autorais.
> 2. A Lei nº 9.610/98 não autoriza que a disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de freqüência coletiva, escape da incidência da Súmula nº 63 da Corte.
> 3. Recurso especial conhecido e provido.[44]

O saudoso ministro traçou de forma nítida as diretrizes nas quais o Superior Tribunal de Justiça firmava seus julgados, além de ter distinguindo as diferenças entre os períodos de vigência das Leis n. 5.988/73 e 9.610/98, tendo ele sido acompanhado unanimemente pelos seus pares naquela oportunidade.

---

42 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 16.131. Terceira Turma. Relator Ministro Dias Trindade. DJ 05.10.1992.

43 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 11.718. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 01.06.1992.

44 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 556.340. Segunda Seção. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 11.10.2004. p. 231.

Afirmou o ministro, de forma ampla e abrangente:

No que concerne ao mérito, na minha compreensão, creio necessário novo exame da questão diante da Lei nº 9.610/98, considerando que a jurisprudência cobrindo a decisão do Tribunal de origem foi formada diante da antiga Lei.

De fato, a vigente legislação de direito autoral já no art. 29, VIII, estabelece que depende de prévia e expressa autorização do autor da obra, "por quaisquer modalidades ", indicando dentre outras a "utilização, direta ou indireta " da obra mediante "emprego de alto-falante ou de sistemas análogos", "radiodifusão sonora ou televisiva", "captação de transmissão de radiodifusão em locais de freqüência coletiva", "sonorização ambiental", "a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado", "emprego de satélites artificiais", "emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados ".

Por outro lado, o art. 68, § 2º, conceitua execução pública como a "utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica ".

E o § 3º, indica como locais de frequência coletiva "os teatros, cinemas, salões de baile, concerto, boates, bares clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas ".

Vê-se, portanto, que a nova legislação quis impor uma disciplina bem mais estrita para impedir que os titulares dos direitos autorais fossem prejudicados.

Até mesmo o velho conceito de lucro direto ou indireto deixou de viger. O que importa na nova Lei é a vedação para que a comunicação ao público, por qualquer meio ou processo, nos locais de frequência coletiva, pudesse ser feita sem o pagamento dos direitos autorais.

No caso, um motel, dúvida não existe de que há utilização nos apartamentos das obras como serviço para o deleite daqueles que nele se encontram, o que é suficiente para que se reconheça o direito dos titulares ao recebimento dos valores correspondentes.

Como bem anotado pelo ECAD, verifica-se que "no ramo de motéis, atividade da Requerente, que o tipo de utilização é a execução pública por meio de aparelhos com a finalidade de proporcionar sonorização ambiental ou a exibição de obras audiovisuais nos aposentos colocados à disposição do público" (fl. 49).

Por outro lado, não se pode pensar que nos termos da Lei os motéis não sejam considerados locais de freqüência coletiva, porque não se pode confundir o conceito para identificá-lo com espetáculos públicos, ou seja, com a presença de muitas pessoas no local. Isso, com todo respeito, é um equívoco que o legislador não cometeu. Basta a leitura do art. 68 da Lei nº 9.610/98 para espancar essa dificuldade. Lá estão bem claros os conceitos de

representação pública, de execução pública e de freqüência coletiva. E neste último estão incluídos os hotéis e motéis, espraiado o conceito para outros lugares, ou como diz a Lei "ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas", como antes indicado.

Essa nova disciplina é muito objetiva. Considera que os motéis e os hotéis são lugares de frequência coletiva, não se podendo imaginar que a nomenclatura destine-se a marcar em tais sítios apenas aqueles lugares comuns, porque tal interpretação, com todo respeito, não está conforme ao que dispõe a Lei.

O legislador incluiu os hotéis e motéis dentre aqueles lugares considerados como de frequência coletiva e, ainda, especificou que se tratava de representação, execução ou transmissão de obras literárias, artísticas ou científicas. Ora, a junção dos dois conceitos legais afasta na nova Lei a circunstância de haver tão-somente os aparelhos de rádio ou de televisão, porque existe em qualquer caso a transmissão de obras protegidas pelo direito autoral. Não se trata mais de criar a diferença do modo de retransmissão, tal o substrato da antiga jurisprudência. Agora o que importa é que exista a transmissão em local de frequência coletiva, isto é, naqueles locais que a Lei indicou como tal, incluídos os motéis e os hotéis.

Demais disso, não se pode imaginar que, por exemplo, as televisões estejam nos quartos exclusivamente para a transmissão dos canais abertos, mas, também, incluem, e nos motéis necessariamente, a transmissão de fitas de vídeo, para diversão dos hóspedes. Aqui está a utilização da obra de titular de direito autoral sem o pagamento devido. O mesmo se diga para os aparelhos de rádio, considerando que transmitem obras musicais, particularmente nos motéis e hotéis com o objetivo de entretenimento dos hóspedes.

No caso, a própria inicial menciona, expressamente, que "não tem cabimento, assim, a exigência de pagamento de direito autoral pretendida, tendo em vista que o motel tem apenas disponibilizado aparelhos de televisão e rádio à disposição dos hóspedes. A disponibilização de aparelhos de rádio em quartos de hotéis assemelha-se a de aparelhos de televisão, sendo que nos dois casos o hóspede é quem decide qual o canal a sintonizar, não havendo neste caso, retransmissão que justifique a cobrança " (fl. 04).

Não se cuida, repita-se, de retransmissão, mas, sim, de transmissão. Se a própria Lei tratou de sanar a controvérsia para impor o pagamento desde que haja a transmissão, indicando quais os locais de frequência coletiva, incluindo como tais os motéis e hotéis "ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas", dúvida não pode haver de que a nova Lei não cobre a diferença entre os modos de retransmissão, de maneira a isentar do pagamento de direitos autorais os hotéis e motéis que ponham à disposição dos hóspedes os aparelhos de televisão e de rádio, que efetivamente transmitem obras dos criadores do espírito. Veja-se que o art. 29, antes citado fala da "utilização, direta ou indireta" da obra mediante "emprego de alto-falante ou de sistemas análogos", "radiodifusão sonora ou televisiva", "captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva", "sonorização ambiental", "a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado", "emprego de satélites artificiais", "emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados" (os negritos são do Relator).

Há, destarte, um detalhamento distinguindo as diversas hipóteses de modo a impedir que

prevaleça qualquer distinção em sentido oposto à proteção das obras protegidas pela legislação especial.

Com isso, na minha compreensão, fica superada a jurisprudência fixada nessa Segunda Seção ao tempo da Lei antiga que afasta da cobrança dos direitos autorais em casos como o presente, ou seja, quando o estabelecimento hoteleiro põe à disposição do hóspede o aparelho de rádio ou televisão (EREsp nº 45.675/RJ, Relator para o acórdão o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 2/4/01, EREsp nº 97.081/RJ, Relator para o acórdão o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 30/4/01).

A Lei nova, na minha compreensão, não mais autoriza que tais situações escapem da Súmula nº 63 desta Corte, diante da expressa manifestação do legislador de 1998 voltada para a integral proteção dos direitos autorais, prestigiando a vida cultural e a proteção dos titulares, dos criadores do espírito.[45]

O estudo de dezenas de julgados leva à inegável conclusão que esta linha de raciocínio adotada é a que prevalece até os dias de hoje, até porque, segundo o Ministro Sidnei Beneti, do Superior Tribunal de Justiça,

[...] é importante para a tranquilidade das relações sociais que haja estabilidade na orientação interpretativa das relações jurídicas no país. A matéria já foi julgada, há cinco anos, pela C. 2ª Seção deste Tribunal, a qual reúne ambas as Turmas de Direito privado, de modo que já estabilizada a orientação jurisprudencial a respeito. [...] A legislação não mudou, de modo que não há razão para alterar a orientação já firmada.

Persistindo o art. 68, § 3º, da Lei nº 8.610/98 a caracterizar o todo, isto é, o motel, como local de frequência coletiva, não há como escandir esse todo em suas diversas partes, para excluir os quartos da caracterização legal de frequência coletiva ou distinguir entre suas diversas dependências.

Nem há argumentos novos capazes de fazer derruir a solidez de todos os fundamentos do julgado – a que se reporta este voto.

O debate ao nível infraconstitucional deve ser levado ao Poder Legislativo, pelos setores envolvidos. Se alterada a lei de regência, naturalmente o Poder Judiciário aplicará novos termos legais. Mas, sem a alteração da lei, não há razão para reabrir o debate a respeito de jurisprudência já estabilizada.

A esta altura, os agentes setoriais da sociedade brasileira já estarão, em regra, adequados, ou adequando-se ao sentido do precedente, inclusive quanto aos custos envolvidos na exploração comercial da atividade.

Não será razoável, data venia, voltar a convulsionar as relações jurídicas envolvidas pela matéria, com a reabertura da judicialização da discussão sobre ela.

45 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 556.340. 2ª Seção. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 11.10.2004. p. 231.

[...]

O julgamento discrepante de orientação firmada pela C. 2ª Seção seria desincentivo à observância do precedente de mais elevada qualificação deste Tribunal em matéria de Direito Privado. Se este Tribunal pretende que sua jurisprudência seja observada pela Magistratura e pela sociedade, deve provir o exemplo de atendimento.

Reafirmando o imenso respeito pelo pensamento do E. Ministro Relator, pelo meu voto dá-se provimento ao Recurso Especial, nos termos do julgado pelo REsp. 556.340/MG, 2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11.10.2004.[46]

O Ministro Luís Felipe Salomão, também do STJ, defende o acatamento de precedentes do Tribunal e afirma que "após a edição da Lei 9.610/98, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido da legitimidade de cobrança do direito autoral pela disponibilização de aparelhos de rádio e televisão em quartos de motel, em paradigmático precedente da Segunda Seção, assim ementado: [...]"[47] Ele cita o Recurso Especial n. 556.340, aqui já referenciado.

Exemplificamos a posição atualmente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto com os seguintes julgados, dentre vários outros que poderiam ser aqui colacionados[48]:

DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. ECAD. CLÍNICA MÉDICA. LEGITIMIDADE DE COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO AUTORAL POR EXIBIÇÃO PÚBLICA DE OBRA ARTÍSTICA.

1. A Lei de Direitos Autorais, regulando a matéria de forma extensiva e estrita, aboliu o auferimento de lucro direto ou indireto pela exibição da obra como critério indicador do dever de pagar retribuição autoral, erigindo como fato gerador da contribuição tão somente a circunstância de se ter promovido a exibição pública de obra artística em local de frequência coletiva, por quaisquer processos - inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade (art. 68, § 2º, da Lei 9.610/1998).

2. Por seu turno, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo enumera uma série de locais considerados como de frequência coletiva, entre eles as clínicas e hospitais.

3. A cobrança da retribuição autoral, no caso sob análise, mostra-se legítima, uma vez que é fato incontroverso nos autos que a recorrida - clínica médica de ortopedia e fisioterapia -

46 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.088.045. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 23.10.2009.

47 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.067.706. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 19.06.2012.

48 - Neste sentido, citam-se as seguintes decisões do STJ: Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 977.715, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 10.02.2009; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 957.081, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe 12.05.2008; Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento n. 938.715, Relator Ministra Nancy Andrighi, DJe 23.05.2008; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 809.766, Quarta Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe 22.03.2010; Recurso Especial n. 174.464, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 16.06.2003.

disponibiliza, em sua sala de espera, aparelhos de televisão como forma de entretenimento dos clientes. Incidência da Súmula 63 do STJ: "São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais".

4. Recurso especial provido.[49]

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. TELEVISORES E RÁDIOS EM QUARTOS DE HOTEL. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS MEIOS DE HOSPEDAGEM. EXPLORAÇÃO DE OBRAS ARTÍSTICAS. PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS.

1.- São devidos, os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelo meios de hospedagem.

2.- Agravo Regimental a que se nega provimento.[50]

RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. TELEVISORES E RÁDIOS EM QUARTOS DE HOTEL. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS MEIOS DE HOSPEDAGEM. EXPLORAÇÃO DE OBRAS ARTÍSTICAS. PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. RECURSO PROVIDO.

I - São devidos, os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelo meios de hospedagem.

II - Orientação firmada sob a égide da lei 9.610/98, que constitui a base legal de regência do caso, visto que sobre ela focalizou-se o debate nos autos, como legislação invocada pela inicial, sentença, Acórdão recorrido e pelo Recurso Especial, não sendo o processo, por falta de prequestionamento, apto ao julgamento a respeito do disposto no art. 23 da Lei 11.771/08.

Recurso Especial do ECAD provido. [51]

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. ECAD. APARELHOS DE TV EM CLÍNICAS. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I. Nos termos da jurisprudência do STJ, "A Lei nº 9.610/98 não autoriza que a disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, escape da incidência da Súmula nº 63 da Corte" (Segunda Seção, REsp 556340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11/10/2004 p. 231).

II. A aplicação da multa prevista no artigo 109 da Lei n.° 9.610/98 demanda a existência de má-fé e intenção ilícita de usurpar os direitos autorais, aqui inocorrentes. Precedentes

49 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.067.706. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 19.06.2012.

50 - Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.261.136. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 27.06.2012.

51 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011.

do STJ.

III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido, para afastar a multa. [52]

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. OBRA MUSICAL. QUARTO DE MOTEL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 II, e 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA.

[...]

5. Atualmente a jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que os quartos de hotéis e motéis são considerados lugares de frequência coletiva para efeito de cobrança de direitos autorais, quando equipados com aparelhos de rádio ou televisão. Incidência da Súmula 63/STJ.

6. A sanção de multa do art. 109 da Lei n. 9.610/98, não se aplica à espécie, posto inexistir procedimento doloso que a justificasse e amparasse.

7. Recurso Especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido parcialmente apenas para excluir a imposição da multa do art. 109 da Lei n. 9.610/98. [53]
DIREITO AUTORAL. APARELHOS DE RÁDIO E DE TELEVISÃO EM QUARTOS DE MOTEL. COBRANÇA DEVIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 63 DESTA CORTE. PRECEDENTES.
I. Consoante afirmado pela Segunda Seção desta Corte no julgamento do REsp 556340/MG (Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 11/10/04), os quartos de motéis ou hotéis, devem ser considerados lugares de frequência coletiva para efeito de cobrança de direitos autorais quando equipados com aparelhos de rádio ou televisão.
Incidência da Súmula 63/STJ.
II - Sem que tenha havido mudança da legislação de regência, não há motivo para revisar a orientação já afirmada e com a qual já se adequaram ou devem estar se adequando inúmeros estabelecimentos comerciais.
III - A fase histórica do Poder Judiciário nacional, visando à tranquilidade da sociedade brasileira, exige o desenvolvimento de uma doutrina brasileira de stare decisis et non quieta movere. Nesse sentido vem sendo construído o novo edifício jurídico nacional, por intermédio de normas constitucionais e infraconstitucionais recentes -- como, por exemplo, as Leis das Súmulas Vinculantes, da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos.

Recurso Especial a que se dá provimento.[54]

CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. DIREITO AUTORAL.

52 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 742.426. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. DJe 15.03.2010.
53 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 704.459. Quarta Turma. Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). DJe 08.03.2010.
54 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.088.045. Terceira Turma. Relator Ministro Massami Uyeda. Relator para o acórdão Ministro Sidnei Beneti. DJe 23.10.2009.

MOTEL. APARELHO RÁDIORRECEPTOR E TELEVISORES INDEPENDENTES INSTALADOS NOS APARTAMENTOS. DIREITO DO ECAD RECONHECIDO. LEI N. 9.610/98, ART. 68, § 3º.
I. Legítima a cobrança de direitos autorais relativamente a aparelhos rádiorreceptores e televisores independentes instalados nas acomodações individuais de motel, na dicção do art. 68, § 3º, da Lei n. 9.610/98.
II. Precedente da Segunda Seção do STJ (REsp n. 556.340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 11.10.2004).
III. Recurso especial conhecido e provido.[55]

DIREITO CIVIL. ECAD. INSTALAÇÃO DE TELEVISORES DENTRO DE APARTAMENTOS PRIVATIVOS EM CLÍNICAS DE SAÚDE. NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO PELOS DIREITOS AUTORAIS.
- A Segunda Secção deste Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis (REsp nº 556.340/MG).
- O que motivou esse julgamento foi o fato de que a Lei nº 9.610/98 não considera mais relevante aferir lucro direto ou indireto pela exibição de obra, mas tão somente a circunstância de se ter promovido sua exibição pública em loca de frequência coletiva.
- O mesmo raciocínio, portanto, deve ser estendido a clínicas de saúde ou hospitais, já que nenhuma peculiaridade justificaria tratamento diferenciado para estas hipóteses.
Recurso especial conhecido e provido.[56]

CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. DIREITO AUTORAL. MOTEL. APARELHO RÁDIORRECEPTOR E TELEVISORES INDEPENDENTES INSTALADOS NOS APARTAMENTOS. DIREITO DO ECAD RECONHECIDO. LEI N. 9.610/98, ART. 68, § 3º.
I. Legítima a cobrança de direitos autorais relativamente a aparelhos rádiorreceptores e televisores independentes instalados nas acomodações individuais de motel, na dicção do art. 68, § 3º, da Lei n. 9.610/98.
II. Precedente da Segunda Seção do STJ (REsp n. 556.340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 11.10.2004).
III. Recurso especial conhecido e provido.[57]

DIREITOS AUTORAIS. RÁDIO RECEPTOR E APARELHO DE TV DISPONÍVEIS AOS HÓSPEDES EM APOSENTOS DE HOTEL. EXIGIBILIDADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.610, DE 19.2.1998.
– Consoante a Lei n. 9.610, de 19.1.1998, a disponibilização de aparelhos de rádio e de TV em quartos de hotel, lugares de frequência coletiva, sujeita o estabelecimento comercial ao pagamento dos direitos autorais. Precedente da Segunda Seção: Resp. n. 556.340-MG.
– Descabimento da multa prevista no art. 109 da Lei n. 9.610/98 (REsp 439.441-MG).
Recurso especial conhecido e parcialmente provido.[58]

55 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 740358. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. DJ 19.03.2007.
56 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 791.630. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ 04.09.2006.
57 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 740.358. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. DJ 19.03.2007.
58 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 542.112. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 17.10.2005.

Apesar de todo o arcabouço jurisprudencial acima delineado, o Ministro Massami Uyeda, do Superior Tribunal de Justiça, insistentemente desafia o entendimento geral e defende firmemente que não seria devido o pagamento de direitos autorais quando a execução das obras intelectuais se der em quartos privativos de hotéis, motéis ou de hospitais, principalmente daqueles que não têm finalidade lucrativa.

Sustenta o ministro que "um quarto, como espaço em que uma (ou mais) pessoa(s) busca(m) privacidade, não pode ser compreendido como local de frequência coletiva. Por mais transitório que seja o lapso a que esteja submetida a posse do dormitório (de hotel ou de motel), somente poderá ingressar no espaço delimitado pelo cômodo se o(s) possuidor(es) assim o permitir(em). Nesta hipótese, ocorre a proteção dos aposentos de modo individualizado, como se fosse uma residência particular" e que "[...] pretender-se a extensão da natureza de espaço público a quartos individualizados de hotéis [...] extrapola os limites do razoável." Eis a ementa de Agravo Regimental em Recurso Especial relatado por ele:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL — DIREITO AUTORAL — LEI N. 9.610/98, ART. 68, CAPUT ("EXECUÇÕES PÚBLICAS") — LEI N. 9.610/98, ART. 68, § 3º ("LOCAIS DE FREQÜÊNCIA COLETIVA" [HOTÉIS, MOTÉIS]) — QUARTO INDIVIDUALIZADO — IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA — EXEGESE.
> I – As áreas comuns (corredores, halls e saguões), de livre acesso, franqueado a todos, são realmente espaços públicos por natureza.
> II – Entretanto, pretender-se a extensão da natureza de espaço público a quartos individualizados, sejam tanto de hotéis quanto de motéis, tal entendimento extrapola os limites da razoabilidade.
> III – Na desarmonia entre as previsões do caput e do parágrafo do mesmo artigo de lei, deverá prevalecer o primeiro, por questão de hermenêutica jurídica.
> IV – Um quarto, como espaço em que se busca a privacidade, não pode ser compreendido como local de frequência coletiva. Apesar da transitoriedade da posse do quarto (de hotel ou de motel), somente poderá ingressar no espaço delimitado pelo quarto se o possuidor assim o permitir. Nesses termos, ocorre a proteção dos aposentos de modo individualizado, como se fosse uma residência particular.
> V – Agravo Regimental provido. Decisão original reconsiderada. Recurso Especial não conhecido. [59]

Verifica-se de outro julgado da Corte Superior que, em alguns casos muito específicos, ela não entende como devido o pagamento de direitos autorais. Em março de 2011, o Superior Tribunal de Justiça isentou a Mitra Arquidiocesana de Vitória de pagar valores a título de direitos autorais por ter havido execução de música num evento religioso sem fins lucrativos, de pequenas proporções e com entrada gratuita, realizado numa escola.

Neste julgamento, o Ministro Massami Uyeda afirmou que o voto do Relator do processo "[...] dá uma nova visão, permite um estudo, um aperfeiçoamento das

59 - Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator Ministro Massami Uyeda. DJe 04.08.2009.

posições. Tínhamos, até agora, uma posição muito rígida, que vinha da decisão da Corte Especial, e aquilo resistiu por algum tempo. Com essa renovação que se faz, dos quadros dos Ministros, é natural essa mudança de observação".

O Ministro Massami Uyeda contextualizou o julgamento e afirmou que "[...] a angulação pela qual o eminente Relator dá o enfoque à matéria, inclusive trazendo a Convenção de Berna, que tem eficácia dentro do território nacional, mostra que essa questão determina a colidência dos princípios constitucionais. É um tema bem atual. Aliás, a evolução da jurisprudência e a própria doutrina está caminhando nesse sentido de que, no final, tudo se trata da ponderação, do equilíbrio na aplicação desses princípios. Tudo se resume a princípios, como naquele caso anterior que fiz do direito fundamental à intimidade e o direito à própria vida, uma colidência de princípios."

Eis a ementa de tal julgado:

> RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.
> I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.
> II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.
> III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.
> III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.
> IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor".
> V - Recurso Especial parcialmente provido.[60]

A forma de se calcular o valor a ser pago a título de direito autoral também é definida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n. 261, editada em 2002, assim redigida: "A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação."

60 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 23.05.2011.

A Corte Superior também se manifestou quanto à obrigatoriedade de pagamento das prestações relativas a direito autoral que se venceram durante a tramitação da eventual ação de cobrança promovida pelo ECAD, até a data da sentença. No sentido de acolhimento desta tese citamos os Recursos Especiais n. 604.464[61], 158.273[62], 146.423[63], 157.195[64] e 126.809[65].

5. O DESCABIMENTO DE APLICAÇÃO DE MULTA

Consta da Lei n. 9.610/98 que a execução pública feita em desacordo com os seus artigos n. 68, 97, 98 e 99 sujeitará os responsáveis a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago. (art. 109) Além disso, pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, os proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários de locais públicos respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos. (art. 110)

O ECAD sempre tenta fazer com que o Judiciário aplique referida multa quando os estabelecimentos devedores não tiverem recolhido os direitos autorais de forma espontânea.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que referida multa somente seria devida na hipótese de o devedor agir de má-fé, de forma ilícita, com intenção (doloso, portanto) de usurpação do direito autoral.

O marco deste posicionamento da Corte Superior pode ser obtido do julgamento do Recurso Especial n. 439.441, assim ementado:

> CIVIL E PROCESSUAL. DIREITO AUTORAL. SONORIZAÇÃO MECÂNICA. ACADEMIA DE GINÁSTICA. CONDENAÇÃO. MULTA INDEVIDA. LEI N. 9.610/98, ART. 109. LICC, ART. 5º. CPC, ART. 209. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.
> I. A elevada multa prevista no art. 109 da novel Lei n. 9.610, equivalente a vinte vezes o valor devido originariamente, não é de ser aplicada a qualquer situação indistintamente, porquanto objetiva, por seu caráter punitivo e severa conseqüência, não propriamente penalizar atraso ou omissão do usuário, mas, sim, a ação de má-fé, ilícita, de usurpação do direito autoral, o que não se revela na hipótese, em que o estabelecimento comercial, modesto, utilizava a sonorização mecânica apenas como elemento coadjuvante da atividade fim, sem intenção fraudulenta direta, como se dá em casos de contrafação mediante produção de cópias desautorizadas de fitas e "CD".
> II. Temperamento que se põe na aplicação da lei, sob pena de se inviabilizar a própria atividade econômica desenvolvida pelo usuário, com prejuízo geral, em contrário ao princípio insculpido no art. 5º da LICC.

61 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 03.05.2004.

62 - Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJ 21.02.2000.

63 - Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 30.11.1998.

64 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 29.03.1999.

65 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 18.10.2000.

> [...]
> IV. Recurso especial não conhecido.[66]

O Ministro relator do processo acima mencionado sustentou no seu voto que "a penalidade prevista no sobredito art. 109 é, induvidosamente, um ônus imenso, pelo que merece ser interpretada com tempero e limites, sob pena de se transformar em instrumento de inviabilização da atividade econômica, mormente de pequenos estabelecimentos comerciais, como no caso dos autos – uma modesta academia de ginástica de 100 m2 (fl. 129) – em que o valor a que foi condenada pelo uso de música em suas instalações (R$ 3.809,25 em outubro/2000), multiplicado por vinte (R$ 76.185,00), poderia até determinar o cerramento de suas portas. Há de se ter em conta, pois, o princípio previsto no art. 5º da LICC." E concluiu ele:

> Tenho, pois, que tal multa, que é desmedida, somente cabe em hipóteses extremas, de ações de má-fé, como contrafações evidentes, com intuito de lucro ilícito, pela usurpação de direitos autorais, vg. produção de CDs e fitas "piratas", em que deve, mesmo, haver o banimento da atividade lesiva. A mera sonorização ambiental, de forma coadjuvante no exercício da atividade econômica, não pode receber a mesma punição vigorosa, sob pena de se tratar de forma igual, situações desiguais.
> Observe-se, a propósito, que, na espécie, a academia de ginástica estava inclusive inscrita como contribuinte ao ECAD (fl. 31), o que, por si só, afasta a possibilidade de ação de má-fé ou ilícita.
> O que aconteceu, tal como corretamente concluiu o eminente relator do aresto a quo, foi o não pagamento atempado dos direitos, daí o cabimento da cobrança do que é devido, porém não da multa, cuja finalidade é a de coibir a usurpação propriamente dita.
> Se assim não se entender, como se imaginar que um simples atraso, um inadimplemento, poderia gerar uma pena acessória vinte vezes superior ao da obrigação
> principal, em tempos em que o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, com a alteração da Lei n. 9.298/96, a limita a 2%, e o Código Civil ao valor da obrigação, no estabelecimento da cláusula penal (art. 920)?
> A lembrar, ainda, a orientação do novel Código Civil a respeito, a entrar em vigor brevemente, que em seu art. 413 admite a redução equitativa, pelo juiz, da cláusula penal, quando configurado o montante excessivo da multa.[67]

Esta postura da Corte Superior se consolidou em diversos julgados que se seguiram, como, por exemplo, nos Recursos Especiais n. 542.112[68], 627.650[69], 329.860[70] e 704.459[71].

66 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 439.441. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 10.03.2003.

67 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 439.441. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 10.03.2003.

68 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 17.10.2005.

69 - Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 19.12.2005.

70 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 01.02.2005.

71 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 704.459. Quarta Turma. Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). DJe 08.03.2010.

6. CONCLUSÃO

Pode-se não concordar ou mesmo se questionar a justiça e/ou correção promovida pela Lei n. 9.610/98 a respeito da cobrança dos direitos autorais no Brasil. Também se pode questionar o monopólio que o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição detém, há décadas, na arrecadação dos direitos autorais e os critérios que servem como base de cálculo para aferição dos valores a serem pagos. Aliás o Congresso Nacional discute e investiga exatamente essas questões, por meio de Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no âmbito daquela casa de poder.

Entretanto, o fato é que a lei acima mencionada vige e eventual alteração a respeito das suas previsões somente se dará por legislação superveniente, que venha a alterar os seus atuais ditames. Enquanto isso não acontece, há que se cumprir integralmente o que a norma legal prevê.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento bastante consolidado a respeito da forma de interpretação e aplicação da Lei n. 9.610/98, conforme exposto neste artigo. Referida Corte decidiu que a execução pública de obras intelectuais em locais de frequência coletiva faz surgir a obrigação de pagamento de direitos autorais e que quartos (apartamentos ou aposentos) individuais utilizados para hospedagem em hotéis, motéis ou mesmo hospitais e clínicas, estão abrangidos por esta obrigatoriedade.

Há corrente minoritária no Superior Tribunal de Justiça que defende a exclusão dos quartos individuais do conceito de frequência coletiva, diante da privacidade que lhes é peculiar, sendo que os argumentos jurídicos por ela utilizados são bastante consistentes e lógicos. Porém, prevalece o entendimento da corrente majoritária, que os insere em tal conceito.

A Corte Superior firmou entendimento de que o ECAD, associação civil sem fins lucrativos, de direito privado, é instituição legitimada para cobrar o pagamento de direitos autorais e que a tabela[72] por ele elaborada direta e unilateralmente é legal e eficaz como base de cálculo para estipulação dos valores a serem pagos pelos usuários das obras.

A aplicação da multa equivalente a vinte vezes o valor que deveria ser originalmente pago, prevista no artigo 109 da Lei n. 9.610/98, invariavelmente é afastada pela Corte Superior, que parte do pressuposto de que, para a sua incidência, seria necessária a presença da ação dolosa do agente, o que é razoavelmente raro de se constatar.

Apesar de muitos estabelecimentos comerciais ou de prestação de serviços, inclusive hospitalares, desconhecerem a sistemática aqui abordada, o fato é que o pagamento dos direitos autorais é devido, caso eles se utilizem de rádio, televisão ou internet para reproduzir obras intelectuais e distrair seus clientes ou pacientes.

O não pagamento do que for devido dentro dos prazos legais ensejará o au-

72 - A tabela está disponível em http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/conteudo.aspx?codigo=436, Acesso em 22 out 2012, 11h29.

mento do gasto financeiro do estabelecimento, pois, além do crédito principal, é muito provável que ele venha a suportar o pagamento de multa, honorários advocatícios e custas, em razão do ajuizamento de ação de cobrança pelo ECAD, caso se mantenha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça externando nessa breve exposição.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A RESOLUÇÃO N. 1995/2012: UMA POSSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO?

FERNANDA SCHAEFER

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

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das diretivas antecipadas de vontade: conceito e abrangência. 3. Diretivas antecipadas de vontade: uma possibilidade no ordenamento brasileiro? 4. Considerações finais. Referências Bibliográficas

RESUMO: Em tempos de alto desenvolvimento das tecnologias diagnósticas e terapêuticas médicas, discutir a amplitude da autonomia do paciente e declarações de vontade que disponham sobre tratamentos médico é impor-

tante, a fim de garantir ao disponente segurança de que sua vontade será respeitada em uma situação clínica na qual já não possa mais manifestá-la expressamente. Tem o presente trabalho por objetivo analisar as espécies de diretivas antecipadas de vontade e a possibilidade de eficácia dessas declarações em face do ordenamento brasileiro, uma vez que dispõem sobre aceitação ou recusa de tratamento médico em determinadas situações. Aprovada a Resolução 1995/2012 pelo CFM, seriam estas disposições capazes de compatibilizar direito à dignidade da pessoa humana, regras de existência e validade dos negócios jurídicos e o art. 15, do Código Civil?

PALAVRAS-CHAVE: autonomia; testamento vital; dignidade; autodeterminação; morte digna.

"É uma obviedade afirmar que vivemos toda nossa vida à sombra da morte; também é verdade que morreremos à sobra de toda nossa vida. [...]. A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo."
Ronald Dworkin, 2003, p. 280

1. INTRODUÇÃO

A evolução da Medicina e do próprio direito à saúde afetaram sobremaneira a relação médico-paciente[1] e como estes lidam com o processo da morte. Na Modernidade (séculos XV a XIX[2]), a recuperação dos ensinamentos hipocráticos e galenos

1 - É necessário aqui fazer uma ressalva. Entende Conselho Federal de Medicina (item XX da Resolução n. 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.

2 - 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.

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 sub-valoração e degradação do paciente, transformando-o em mero objeto da atuação médica (desumanização da Medicina) que se realizava em uma interação meramente técnica e instrumental[3] limitada apenas ao orgânico e que permitiu o prevalecimento 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 surda[4]), ou seja, ainda mais científica e menos humana (Medicina Tecnocêntrica), permitindo que a adoração à técnica, à tecnologia e a ambientes tecnicamente perfeitos prevalecessem sobre o respeito ao ser humano e sua autonomia, transformando a morte em desafio a ser burlado. 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 decisões[5], o que permitiu que essa relação acidentalmente conflitiva se tornasse essencialmente conflitiva.[6]

Com a chegada do século XXI ganhou força a preocupação em humanizar e democratizar[7] a relação médico-paciente e o próprio processo de morrer. 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 indivi-

3 - 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.

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

5 - 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.

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

7 - 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).

dualidade e o seu reconhecimento como parte de um grupo social e familiar. Afirma Elio Sgreccia (2002, p. 197) 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].

Sabe-se que *"la medicina es una ciencia; la profesión médica es el ejercicio de un arte baseado en ella"* [8] (JONAS, Hans 1997, p. 99). Arte que se concretiza não em compreender um problema 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. Não é outro do entendimento constante na Resolução 1995/2012[9], CFM, que reconhece a autonomia do paciente como um direito a ser observado na prática médica.

É incontestável que a Medicina se desempenha sobre um objeto especial[10], 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"[11]

8 - Tradução livre: "a medicina é uma ciência; a profissão médica é o exercício de uma arte baseado nela".

9 - A Resolução 1995/2012, CFM, dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Publicada em 09 de agosto de 2012 e vigente desde a publicação.

10 - 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."

11 - Tradução livre: "a 'matéria-prima' é aqui última e completa, o paciente e o médico devem se identificar com seu objetivo próprio. Está é em cada caso a saúde [...]. O corpo é o objetivo, mas se trata de sujeito". 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.

(JONAS, Hans 1997, p. 99). Mas, justamente por ser indissociável do corpo humano[12] 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 Medicina[13]). 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 que se realiza nos escopos: informativo, terapêutico e decisório.

Fato é que a relação médico-paciente é, a priori, assimétrica: o médico[14] 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.

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 e da tecnologia. Entre esses princípios, destacam-se, por sua relevância: o da veracidade, o da privacidade (e autodeterminação), 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 da vontade do próprio paciente quanto aos rumos de seu tratamento.

Então, nesse contexto da nova Medicina e sob a luz do que se pretende a relação médico paciente, surge a necessidade de se discutir a abrangência da autonomia do paciente e os efeitos jurídicos das diretrizes antecipadas de saúde, atualmente eticamente autorizadas no Brasil pela Resolução 1995/2012, CFM.

---

12 - 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.

13 - 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.

14 - 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." (Marcelo Sousa TAVARES, 2008, p. 126).

2. DAS DIRETRIZES ANTECIPADAS DE VONTADE: CONCEITO E ABRANGÊNCIA

A diretriz (ou diretiva) antecipada de vontade segundo Cristina López Sánchez (2003, p. 27-28, tradução livre) *"es un término general que contiene instrucciones acerca de los futuros cuidados médicos que ha de recibir una persona en el caso de que se vuelva incapaz de expresarlos por sim misma"*[15]. Essas diretrizes antecipadas ('advanced care documents') dirigem-se, portanto, a situações em que o paciente não pode (ainda que transitoriamente) manifestar livre e conscientemente sua vontade sobre o tratamento médico (arts. 1o. e 2o., Resolução 1995/2012). São espécies de diretivas antecipadas, que podem coexistir[16] em um único documento:

> 1- **Declaração prévia unilateral de vontade** (testamento vital[17], 'living will', 'testament de vie', testamento biológico ou modelo de pura autonomia): são declarações que devem estar adstritas à terminalidade da vida e que exigem como elemento de exercício dos poderes nela contidos incapacidade permanente do paciente para exprimir sua vontade. Trata-se de declaração que deve ser dada por escrito (preferencialmente por escritura pública) e por pessoa plenamente capaz à época da declaração e que "objetiva garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento da terminalidade da vida; [...], esse documento proporciona ao médico um respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas" (Luciana DADALTO, 2010, p. 73). Tratam-se de declarações formais que podem ter por objeto não apenas a determinação ou recusa a determinados tratamentos médicos, como também, o exercício do direito de não ser informado e a possibilidade (ou não) de doações de órgãos. É documento decorrente do exercício da autonomia privada[18] e de caráter vinculativo (ao representante legal e ao facultativo), mas que não exclui, por exemplo, objeção de

15 - Tradução livre: "é um termo geral que contém instruções acerca dos futuros cuidados médicos que uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida"

16 - Destaca Luciana Dadalto (2011, p. 69) que "a coexistência do mandato duradouro e da declaração prévia de vontade do paciente terminal em um único documento é salutar para o paciente, contudo, como a aplicabilidade do mandato duradouro não se restringe a situações de terminalidade da vida, para o procurador seria interessante que se fizesse uma declaração prévia de vontade do paciente terminal contendo a nomeação de um procurador (mandato duradouro), e, concomitantemente, redigisse um mandato duradour, nomeando o mesmo procurador – para que não haja conflito entre os documentos – a fim de que este possa agir em situações que não envolvam terminalidade. Inexistndo a declaração prévia de vontade do paciente terminal, seria necessária a nomeação de uma equipe médica, de um juiz ou até mesmo de um comitê de ética do hospital para dirimir conflitos existentes entre os parentes do incapaz, pautando-se nos meljores interesses dos pacientes".

17 - Trata-se de equívoco jurídico denominar estas declarações de testamento no ordenamento brasileiro. Isso porque os testamentos só podem produzir efeitos 'causa mortis', enquanto as declarações pretendem produzir efeitos ainda em vida.

18 - "De acordo com Henry Perkins existem duas qualidades essenciais do Testamento Vital: 1. Contribuição para o 'empowerment' dos doentes, reforçando o exercício do seu legítimo direito à autodeterrminação em amtéria de cuidados de saúde, nomeadamento no que respeita à recusa de tratamentos desproporcionados; e 2. Facilitação do 'advance care planning', ou seja do planejamento do momento da morte, dado que esta, por diversos motivos, é pura e simplesmente ignorada pela maioria das pessoas e por muitos profissionais de saúde" (Rui NUNES; Helena Pereira de MELO, 2011, p. 128).

consciência do médico[19] e vedação de atos ilícitos (ex. venda de órgãos do falecido ou prática de eutanásia).

2 - **Procuração para tomada de decisões em questões médicas** (mandato duradouro; 'durable power of attorney'; 'health care proxy'; procuradores de cuidados de saúde ou mandato de assistência sanitária)[20]: são negócios jurídicos em que o outorgante confere poderes a pessoa(s) capaz(es) para que, em caso de incapacidade ou incompetência sua para se manifestar, o outorgado externe sua vontade com relação a determinado procedimento médico, seja em caso de terminalidade da vida ou não. Vale lembrar que nesses casos o outorgado está tomando a decisão em nome e no melhor interesse do outorgante e conforme a limitação de poderes que lhe foi conferida e não simplesmente tomando uma decisão que crê que seria a escolhida pelo outorgante. Por isso, devem ser outorgados poderes a pessoa (preferencialmente) próxima (suficientemente íntima ou de confiança), mas que seja capaz de compreender que excecerá o ato conforme a vontade do paciente, e não de acordo com suas convicções pessoais. O mandato duradouro é mais amplo que a declaração unilateral porque se destina a qualquer situação médica e não apenas a situações de terminalidade da vida e evita que haja qualquer incerteza quanto a quem tem o poder de decisão.

3 - **'Do not resuscitate'** (não ressucitar): é documento em que o paciente expressa seu desejo de não ser reanimado em caso de parada cardíaca e/ou respiratória. É das espécies a mais difundida, justamente porque seu objeto é extremamente delimitado: apenas não permitir manobras de ressucitação. Nada impede, no entanto, que este tipo de diretiva faça parte de cláusulas das espécies anteriores e, por isso, por boa parte dos autores acaba não sendo reconhecida como uma espécie da autônoma.

Embora as diretrizes estejam intimamente ligadas ao consentimento esclarecido com ele não se confundem, uma vez que aquelas são muito mais amplas do que este. O consentimento dirige-se a certo e determinado ato médico, proposto por um certo profissional; as diretrizes dirigem-se a variadas situações médicas, independente de quem propõe o tratamento. Frise-se, no entanto que ambos gozam de caráter vinculativo, não constituindo mero indício de vontade do paciente ou de seu representante legal; constituindo-se atos unilaterais, personalíssimos e revogáveis, corolários naturais do direito fundamental à autodeterminação.

Aceitar as diretrizes (como o fez o CFM) é implantar automaticamente uma cultura de responsabilidade do paciente sobre seu destino uma vez que produzem como principais efeitos: "a redução do medo do paciente de situações inaceitáveis, o aumento da autoestima do paciente, o aumento da comunição e da confiança entre médico e paciente, a proteção do médico contra reclamações e denúncias, a orientação do médico ante situações difíceis e conflituosas, o alívio moral para os familiares diante de situações

19 - Vide Código de Ética Médica, Capítulo II, inciso IX.

20 - Esta modalidade foi pela primeira vez utilizada no Estado da Califórnia, EUA, 1976, mas atualmente encontra-se tipificada no PSDA – Patient Self-Determination Act . Nos EUA a forma de mandato duradouro vem sendo substituídas por outras como 'directive for maximum care' e 'medical directive e values history'.

duvidosas ou 'potencialmente culpabilizadoras' e a economia de recursos de saúde" (DADALTO, Luciana 2010, p. 66).

Percebe-se, então, que a existência de diretrizes antecipadas é um alento a quem teria que tomar a decisão diante da incapacidade do paciente para fazê-la e uma garantia ao paciente de que seus desejos com relação ao que considera uma morte digna serão respeitados. Nesses casos, a pessoa outorgada ou médico conhece expressamente a vontade do paciente, não precisando imaginá-la ou subentendê-la, ou tão pouco 'colocar-se em seu lugar' (atuando como um gestor de negócios). Cumpre-se o que foi declarado, dentro dos limites decorrentes de normas éticas e de ordem pública, o que pode facilitar a tomada de decisões em momentos de alto sofrimento e pressão emocional.

Dessa forma, nota-se que os instrumentos das diretivas destinam-se a preservar a dignidade da pessoa humana em momento de evidente vulnerabilidade, não se tratando de instrumentos de disponibilização da vida como alguns pretendem fazer entender ou tão pouco instrumentos de política pública; mas sim, formas de se garantir uma morte tão digna quanto a vida, importante vetor de afirmação de direitos individuais e fundamentais do paciente.

3. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO?

Não há dúvidas de que a redefinição da relação médico-paciente, bem como, da nova compreensão dada ao consentimento esclarecido e o redimensionamento da privacidade, tornam possível a utilização e aceitação jurídica das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, cuja análise obrigatoriamente deve partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que a tecnologia médica atualmente é capaz de manter um paciente vivo por semanas, mesmo não havendo qualquer perspectiva de recuperação.

> Pessoas que estão à beira da morte ou terrivelmente incapacitadas, entubadas, desfiguradas por operações experimentais, com dores ou no limiar da inconsciência de tão sedadas, ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais, exploradas por dezenas de médicos que não são capazes de reconhecer e para os quais já deixaram de ser pacientes para tornar-se verdadeiros campos de batalha. (DWORKIN, Ronald 2003, p. 252).

Situações como essas passam pelo imaginário de muitas pessoas que constantemente declaram verbal e informalmente a parentes ou amigos próximos que nesses casos é melhor morrer do que permanecer em estado vegetativo ou passar por tratamentos extremamente dolorosos. Para os defensores da vida como um direito absoluto a utilização das diretivas antecidas de saúde nada mais seria do que um desrespeito a um direito fundamental e, por isso, inconcebível à luz da Constituição brasileira. No entanto, é sem-

pre bom lembrar que a dignidade da pessoa humana[21], valor-fonte do ordenamento jurídico brasileiro (art. 1o., III, CF), traz consigo também o direito à morte digna, o que permite assegurar que o direito à vida não pode ser entendido exclusivamente como um dever à vida.

A morte que foi um dia admirada por sua beleza, para a qual verdadeiros rituais familiares eram organizados em torno do moribundo para acompanhá-lo até o último suspiro, passou a ser medicalizada[22] a partir do final do século XIX, o que significa afirmar que se tornou algo 'vergonhoso' e temido que exige intervenção e isolamento do paciente. A morte, no século XX, desumanizada pela tecnologia, passou a ser compreendida como um fenômeno técnico que retira do enfermo sua autonomia transferindo a responsabilidade à família e (principalmente) ao médico, privando-o de um direito fundamental básico: a autoderterminação com relação ao tempo de morrer.

> A morte foi expulsa da nossa sociedade orientada para a produtividade e o progresso. Não se fala em morte, pensa-se nela o menos possível. Essa negação da morte e do luto situa-se no contexto da privatização da vida: não perturbar os outros com problemas particulares e familiares. O profissional médico – que tem hoje uma formação totalmente orientada para a vida humana a salvar e preservar – não fala de boa vontade da morte, porque essa parece sempre evocar um fracasso da ciência médica. Procura-se encerrar o próprio ato de morrer em hospitais, onde uma série de corredores e de portas anônimas o separam da esfera dos vivos, onde a pessoa 'não morre', mas eufemisticamente se diz que teve 'alta celestial'. (PESSINI, Léo 2004, p. 42).

Agora, em plena luz do século XXI, entende-se que a tecnologia embora capaz de prolongar a vida, pode também impor tratamentos dolorosos, degradantes e quando não, muitas vezes inúteis, fazendo com que médicos acabem confundido cuidado com cura, numa tentativa irracional de tentar evitar a morte.

A partir desse novo cenário imposto pelas incipientes tecnologias e conhecimentos médicos busca-se hoje resgatar o processo de morrer como algo que deve ser previamente pensado, discutido e, finalmente, interiorizado novamente na família, concentrando-se a decisão sobre o tratamento (ou sua recusa) nas mãos do paciente ou de quem por ele responde legalmente. Isso não significa afirmar que a morte deixa de ser fonte de angústia ou medo, mas sim, que se deva

21 - Ensina Wilson Ricardo Ligiera (2012, p. 36-37) que "o princípio da dignidade implica o direito que todo ser humano possui de conduzir sua existência de acordo com seus próprios valores, desejos, crenças e aspirações, a fim de buscar sua autorrealização comoalguém que possui autonomia e merece ser tratado condignamente, de modo a se respeitar seu modo de vida como pessoa humana, livre e consciente de seus direitos e obrigações. [...]. O fato de uma pessoa encontrar-se doente em nada modifica seus direitos fundamentais, senão para assegura-lhe direitos outros, específicos, relacionados ao seu tratamento médico".

22 - Destaca Mônica Silveira Vieira (2009, p. 269) que "essa cultura medicalizada nega o fato de o ser humano envelhecer, declinar e morrer, considerando o sofirmento como despropóstico, a velhice como uma doença a ser tratada, e a morte, como mal absoluto. A Medicina deixa, assim, de reconhecer nos litmites do homem seus próprios limites".

levar em consideração a forma como o próprio doente a encara.

Compreendedida a saúde como "o Estado de completo bem-estar físico, psíquico e social" (OMS), automaticamente não se pode fechar os olhos para o sofrimento e o direito de autodeterminação do paciente, primando-se por promover uma morte digna, humanizada e personalizada. Ressalte-se, no entanto, que a morte digna, expressão altamente complexa e que só pode ser analisada sob a subjetivade do próprio paciente, não é um incentivo à eutanásia, ao contrário, trata-se sim de aceitar a morte de forma tranquila e serena, no seio da própria família, percebendo-se que "a morte faz parte da vida, e a ela dá sentido" (VIEIRA, Mônica Silveira 2009, p. 270).

Além de se reconhecer a dignidade da vida e da morte, a possibilidade de utilização das diretrivas antecipadas decorre, também, do princípio da autonomia, do direito à autodeterminação e à liberdade de escolha, todos exigindo nesses novos tempos exercício com responsabilidade.

Nesse sentido, afirma Rebollo Delgado (1998, p. 180) que a autodeterminação é trata de uma extensão de um princípio raiz (dignidade da pessoa humana) com pleno assentamento no direito à privacidade pessoal e familiar e com implicações em outros direitos igualmente fundamentais como a honra, integridade física e písquica e o direito à própria imagem. Desse preceito decorre para todo o ordenamento jurídico a determinação de estabelecer normas que fixem um sistema de proteção à vontade do paciente de submeter-se ou não a um tramento médico.

O reconhecimento do direito à autodeterminação representa importante passo no caminho da proteção da integridade física e psíquica do doente, bem como, na proteção à sua dignidade e liberdade e "a defesa desta liberade pessoal implica, portanto, que um tratamento, ainda que seja medicamente indicado, seja qualificado como uma agressão ilícita se a pessoa nele não consentir" (MELO, Helena Pereira de, 2011, p. 182). O direito da pessoa a se submeter ou não a um tratamento médico é um dreito que compõe o próprio desenvolvimento da personalidade, sendo, por isso, um direito fundamental que confere instrumentos que possibilitam tornar a morte mais digna.

Afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 60) que:

> "[...] não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa."

Não é diferente com as demandas que buscam a liberdade de escolha de tratamentos médicos, uma vez que têm por pano de fundo a própria defesa da pessoa humana contra formas de abusivas e desumanas de se manter a vida.

Além do já mencionado art. 1o., III, da Constituição Federal, e demais

princípios correlatos, o art. 15, do Código Civil, ao afirmar que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica", reconhece como direito de personalidade a possibilidade do enfermo escolher qual tratamento considera adequado à sua situação. Então, correto é afirmar que a Resolução 1995/2012, CFM, viabiliza na prática médica o reconhecimento de um princípio constitucional e de um direito da personalidade, este previsto no ordenamento brasileiro desde 2003!

A tecnologia médica e até mesmo a quantidade de informações hoje disponíveis permitem às pessoas pensar essas questões com antecedência, o que não significa necessariamente afirmar que estão pensando filosificamente sobre o que significaria uma vida/morte boa ou ruim[23]. Se em todas as fases do tratamento médico se exige a renovação do consentimento, consequência lógica é entender também que o paciente pode previamente escolher se quer ou não se submeter ao tratamento, retirando essa responsabilidade de parentes, amigos e até mesmo dos próprios médicos. Nesse sentido, afirma Ronald Dworkin (2003, p. 281) que:

Quando perguntamos o que seria melhor para tal pessoa, não estamos julgando apenas seu futuro e ignorando seu passado. Preocupamo-nos com o efeito da última etapa de sua vida sobre o caráter de tal vida como um todo, do mesmo modo como poderíamos no preocupar com o efeito da última cena de uma peça teatral, ou com a última estrope de um poema, sobre a totalidade do trabalho criativo. É esta a preocupação conhecida, porém misteriosa, que devemos agora analisar.

Assim, considerados os princípios basiladores antes mencionados, conjugam-se os seguintes princípios que podem orientar a adoção das diretivas antecipadas de vontade no Brasil:

1. Limitação a pessoas capazes, competentes, maiores de idade e não inibidas por anomalia psíquica;
2. Informação e esclarecimento adequados, por intermédio de um médico com formação técnica apropriada;
3. Efeito compulsivo na decisão édica e não meramente indiciário, excep-

23 - Afirma Ronald Dworkin (2003, p. 283) que "em sua maioria, essas ideias diferentes sobre uma vida boa são intuitivas e latentes; só as reexaminams nos momentos de crises especiais ou em situações dramáticas. Ainda assim, essas ideias latentes estão sempre ali, guiando decisões e escolhas que podem nos parecer automáticas, e explicando, ao menos em parte, a alegria, o tédio, a pena ou a tristeza que nos acometem nas ocasiões em que questionamos os rumos que nossas vidas estão tomando. É absolutamente crucial, porém, observar que essas diferentes opiniões e convicções, por mais inarticuladas ou latentes que possam ser, são críticas no sentido de que dizem respeito ao que tona uma vida bem-sucedida, e não fracassada; em outras palavras, remetem àquelas circunstâncias em que alguém conferiu sentido à vida, em vez de simplesmente pô-la a perder. Não se trata, portanto, apenas de opiniões a respeito de como tornar a vida prazerosa ou agradável minuto após minuto, dia após dia".

to em condições muito particulares;
4. Existência de um formulário-tipo com o objetctivo de padronizar procedimentos;
5. Possibilidade de revogação a qualquer momento e sem qualquer formalidade;
6. Renovação periódica da manifestação de vontade. Este prazo porder-se-ia situar, como sucede em França, em três anos;
7. Certificação perante um notário para garantir autenticidade e evitar influências indevidas na esfera da decisão pessoal;
8. Criação no âmbito do sistema de saúde de um registro Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (RENDAV), para agilizar o acesso ao testamento vital por parte dos profissionais de saúde. (NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, 2011, p. 128-129).

A Resolução 1995/2012, CFM, apenas exige manifestação expressa da vontade do paciente, não lhe impondo forma específica, podendo ela, inclusive constar apenas no prontuário médico do paciente quando este as comunicar previamente ao facultativo. Além de não impor forma específica, a Resoluação deixa em aberto a questão do prazo de validade dessas manifestações. Sabe-se que as diretivas são declarações revogáveis a qualquer tempo, no entanto, seria ideal que pelo menos fossem renovadas de tempos em tempos pelo seu titular para evitar questionamentos quanto à sua vigência. Por isso, os princípios antes expostos devem ser detalhados em leis específicas para tratar do assunto a fim de se evitar situações de abuso ou de mero interesse financeiro.

Evidente, por fim, que a liberade (autonomia) do paciente em decidir os rumos de seu próprio tratamento encontra no respeito à dignidade humana o fundamento determinante de sua legitimidade e de seu exercício à luz ordenamento brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a utilização das diretivas antecipadas ou das procurações para tomada de decisões em questões médicas é ainda incipiente no Brasil (agora incentivada pela Resolução 1995/2012, CFM), mas extremamente necessária, uma vez que impossível compreender o que a morte significa para cada pessoa individual e genericamente.

Não pretendeu esse trabalho indicar quais seriam os requesitos de existência e validade desses documentos, pois esse seria o segundo passo da discussão. Para se chegar nele, é preciso antes discutir filosófica e juridicamente a possibilidade de utilização desses documentos realizados em momentos em que a pergunta essencial é: qual a decisão correta a ser tomada?

A falta de habilidade do ser humano em lidar com a morte[24] produz um paradoxo na sociedade contemporânea: permite-se que as pessoas possam escolher *"morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outro, não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir--lhes"* (DWORKIN, Ronald, 2003, p. 259). E a este paradoxo, necessariamente se impõe o questionamento ético e jurídico: o que é mais digno? Morrer lentamente e em sofrimento ou optar pelo término da dor de forma rápida e até certo ponto consciente?

A escolha deve ser tomada pela própria pessoa (enquanto capaz), uma vez que embasada na sua própria percepção sobre vida digna, o que para muitos pode parecer algo cruelmente abstrato. É portanto, necessário, estabelecer que em situações assim, é possível que a santidade da vida possa ser mitigada pela autodeterminação do paciente e seus interesses fundamentais uma vez que morrer com dignidade é demonstrar que é importante que a vida termine adequadamente. Nas palavras de Rui Nunes (2011, p. 142)

"a legalização do testamento vital não é apenas um importante passo no sentido da afirmação do direito inalienável à autodeterminação das pessoas. É uma vitória das sociedades democráticas e plurais que defendem o ideal de que a cidadania se exerce com um profundo sentido ético de responsabilidade".

Este senso ético de responsabilidade só pode ser exercido quando à pessoa é dada a oportunidade de pensar refletidamente sobre a sua vida e consequentemente sobre sua morte. Então, ainda que não haja uma legislação específica sobre o assunto no Brasil (uma vez que a Resolução 1995/2012, CFM é mero indicativo ético-profissional), uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais conferem suporte legal suficiente à validade e eficácia desses documentos, garantindo-se, assim, a autonomia do paciente na tomada de decisão sobre tratamentos médicos.

24 - Ensina Philippe Ariés (2003, p. 225) que "[...] na verdade nunca foi fácil morrer, mas as sociedades tradicionais tinham o hábito de rodear o moribundo e de receber suas comunicações até seu último suspiro. Hoje, nos hospitais e clínicas em particular, não há mais comunicação com o moribundo. Ele não é mais escutado como um ser racional, é apenas observado como um caso clínico, isolado, na medida do possível, como um mau exemplo, e tratado como uma criança irresponsável cuja palavra não tem sentido ou autoridade. Sem dúvida, ele se beneficia de uma assit~encia técnica mais eficaz que a companhia cansativa de pacientes e vizinhos. Mas tornou-se, ainda que bem cuidado e por muito tempo consevrado vivo, uma coisa solitária e humilhada".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.
DADALTO, Luciana. Testamento vital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
DELGADO, L.R. Derechos de la personalidad y datos personales. Revista de Derecho Político, Espanha, n. 44, 1998.
DWORKIN, R. Domínio da vida. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
JONAS, H. Técnica, medicina y ética. Sobre la prática del principio de responsabilidad. Barcelona, Espanha: Paidós, 1997.
LIGIERA, W. R. O paciene e o direito de ser humano. In: AZEVEDO, A. V.; _____ (Coords.). Direitos do paciente. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31-49.
MARISI, F. Il testamento biologico: le problematiche giuridiche connesse con il rifiuto delle cure. Itália: Grin Verlag, 2008.
NUNES, R.; MELO, H.P. Testamento vital. Portugal: Almedina, 2011.
PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C.P. (Orgs.). Fundamentos da bioética. São Paulo: Paulus, 1996
SÁNCHEZ, C.L. Testamento vital y voluntad del paciente. Madrid: Dykinson, 2003.
SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
SCHAEFER, F. Procedimentos médicos a distância e código de defesa do consumidor. Curitiba: Juruá, 2010._____. Proteção de dados de saúde na sociedade de informação. Curitiba: Juruá, 2011.
SGRECCIA, E. Manual de bioética. I- Fundamentos e ética biomédica. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002.
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.
VIEIRA, M. S. Eutanásia: humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

MANUTENÇÃO DA VIDA: SAÚDE PÚBLICA X SAÚDE PRIVADA

LEONARDO GOMES DE AQUINO
Advogado. Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais, pós-graduado em Ciências Jurídico-Processuais e em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), e Pós Graduado em Direito Empresarial pela Fadom. Especialista em Docência do Ensino Superior. Professor Universitário no IESB, no UniEuro e na FacSenac/DF.

SUMÁRIO: 1. A vida. 2. Dignidade e o mínimo essencial. 3. Mínimo essencial: vida e saúde. 4. Prestação de saúde: alcance material e os tratamentos que devem ser garantidos e sua prova. 5. O titular e o ente responsável pelo direito à saúde. 6. Universalidade, igualdade e integralidade. 7. As fontes de custeio do direito à saúde. 8. Seguridade social. 9. Os valores mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde pelos entes federados. 10. Outras fontes de custeio. 11. Saúde privada. 11.1 Constitucionalidade. 11.2 Natureza jurídica do ressarcimento. 11.2.1 ressarcimento como receita pública. 11.2.2 o ressarcimento como indenização gerado por ato ilícito. 11.2.3 O ressarcimento como restituição gerado pelo enriquecimento sem causa. 11.2.4 O ressarcimento como sub-rogação. 12. Questões preponde-

rantes: 12.1 Qual o nível mínimo de saúde para se manter vivo? 12.2 Que prestações de saúde os indivíduos têm direito, ao menos neste momento histórico? 12.3 Que tipo de prestação deve ser oferecido pelo poder público? 12.4 A prestação pode ser assumida pelos planos de saúde? 12.5 Caso não haja prestação por parte do plano de saúde em decorrência de incapacidade na informação da existência do plano, por parte do beneficiário. Deverá o SUS efetuar o tratamento? 12.6 Caso proceda ao tratamento poderá ocorrer o ressarcimento pelas despesas feitas? 12.7 Qual o fundamento jurídico para o ressarcimento? 13. Reflexões conclusivas. Referência Bibliografia.

RESUMO: A saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. O Brasil adota um sistema misto de satisfação do direito à saúde, onde faz coexistir a prestação privada (voluntária) e com natureza pública (compulsória). O usuário possui a liberdade de escolha entre os sistemas e há permissão do sistema compulsória se ver ressarcido por despesas que tenham feito, quando a obrigação seria do ente privado. Nestes casos, não usurpação e sobrepeso de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Vida, Saúde, Dignidade da Pessoa Humana, Plano de Saúde, SUS e Ressarcimento.

1. A VIDA

A vida é algo que não se consegue conceituar de forma objetiva, visto que o seu conceito irá modificar conforme o período em que for estudado, bem como o ramo da ciência. Assim, é tão difícil conceituar a vida como conceituar a morte, pois são concepções inicialmente antagônicas, pois a morte pode ser uma parte da vida. Mas, se considerarmos a morte real, morte com ou sem declaração de ausência como definitiva, irreversível e concomitante das atividades cerebral, cardíaca e respiratória ou reconhecida pelo direito, pode-se dizer que a vida é a manutenção continuada e simultânea dessas mesmas atividades. Pode-se, no entanto, conceituar a vida de forma mais simples, como uma manifestação das propriedades físicas e químicas das moléculas que organizam os seres vivos ou, ainda, como o espaço de tempo entre o nascimento e a morte de um ser vivo. Todavia, essa ideia não distingue, inequivocamente, seres vivos de seres não vivos, como são exemplos os vírus que são macromoléculas dotadas de propriedades vitais, porém insuficientes para enquadrá-los como seres vivos. Logo a Vida é um direito individual abrigado pela Constituição, podendo ser compreendida pelo parâmetro biológico como um "um sistema autopoiético (que se gera a si próprio) de base aquosa, limites lipoproteicos, metabolismo de carbono, replicação mediante ácidos nucléicos e regulação protéica, um sistema de retornos

negativos inferiores subordinados a um retorno positivo superior".[1]

A vida humana é defendida como o complexo de propriedades e qualidades graças às quais pessoas naturais se mantêm em contínua atividade funcional, que se desenvolve entre o nascimento e a morte, embora a ordem jurídica ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, como também possibilita a reclamação de perdas e danos por ameaça ou lesão a direitos após o falecimento, sem prejuízo de outras sanções em lei.[2] Sendo assim, a vida deve ser preservada como o maior bem do ser humano e tanto é assim, que no Brasil a eutanásia é proibida, a pena de morte é admitida apenas em casos excepcionais (art. 84, XIX da CF) e o aborto só é permitido no caso do terapêutico ou se resultar de estupro.

O direito à vida é o direito de viver. Ele abrange a existência corporal, existência biológica e física, que é pressuposto vital para a utilização de todos os direitos fundamentais. A proteção refere-se à vida individual, não apenas à vida humana em geral, desta forma, fenômenos vinculados à consciência ou um determinado estágio de desenvolvimento corporal não são decisivos, por isso, de acordo com a opinião dominante, valorações de ordem social, médicas, políticas, racial ou quaisquer outras, da vida merece proteção. A vida é compreendida, então num sentido exclusivamente biológico e fisiológico.

O que é necessário para manter a vida digna dentro de um mínimo essencial?

2. DIGNIDADE E O MÍNIMO ESSENCIAL

A dignidade humana não se preocupa apenas com a existência biológica do ser humano, mas com a satisfação das mínimas condições de vida que assegurem existência digna. Assim, a dignidade humana impõe não a sua existência, mas a sua manutenção de forma coerente e dentro dos padrões dignos viabilizados por meios que assegurem a realização humana e convivência social. Portanto, a dignidade humana revela-se como valor-fonte de todo o sistema moral e jurídico das sociedades contemporâneas. Logo, a dignidade humana está vinculada a um padrão mínimo de subsistência e de direitos essenciais, denominado 'mínimo essencial', que deve ser procurado em cada tempo e espaço de acordo com o caso concreto.

O 'mínimo essencial' deve compatibilizar à diversidade com o dever máximo de tolerância, ou seja, deve ser conjugado as prerrogativas de ser diferente e individual com respeito às diferenças. Segundo a Ministra Carmem Lucia o mínimo existencial afirma "o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se

1 - MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. De máquinas e seres vivos. Autopoiese, a Organização do Vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 35.

2 - SICHES, Luis Recaséns. Vida humana. 3ª Ed. México: Porrúa, 1952, p. 254.

impõe ao respeito de todos."[3]

O Estado, por meio da Constituição Federal, habilita e reconhece o 'mínimo essencial', uma vez que prescreve como princípios fundamentais: a cidadania, a dignidade humana e pluralismo político, articulados com o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e quaisquer formas de discriminação. Estes princípios devem irradiar por todos os demais preceitos que compõem as normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no ordenamento jurídico.

Assim, há que distinguir a noção de existência digna do mínimo para uma existência digna. A dignidade é a qualidade inerente ao ser humano não sendo possível graduá-la. Não há um mínimo ou máximo de dignidade na existência humana, ou seja, ela é digna e ponto final. O Estado tem o dever de proteger a dignidade por meio da proibição de condutas que contra ela atentem e da garantia de prestações materiais aptas a manter, para qualquer pessoa uma existência digna. Eurico Bitencourt Neto demonstra que "manter uma existência digna é dar as condições para o ser humano não perca tal capacidade de autodeterminação e de ser sujeito, não sendo comparado a simples objeto da ação do Estado ou de terceiros".[4] De fato, a extensão da eficácia dos dispositivos constitucionais que versam sobre o tema deve "estar relacionada às prestações de saúde disponíveis, e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas", pois não é possível nenhuma influência no resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente.[5]

3. MÍNIMO ESSENCIAL: VIDA E SAÚDE

A saúde e a vida não são preceitos idênticos e muito menos submissos, mas, no entanto, estão inseridas em um todo que é o 'mínimo essencial' pois estão diretamente interligadas à dignidade da pessoa humana.

Vida é um direito individual abrigado pela Constituição, podendo ser compreendida biologicamente como um "um sistema autopoiético (que se gera a si próprio) de base aquosa, limites lipoproteicos, metabolismo de carbono, replicação mediante ácidos nucléicos e regulação protéica, um sistema de retornos negativos inferiores subordinados a um retorno positivo superior".[6] Em um sentido biológico aonde há um direito de nascer (visto que a punição a pena de morte, comercialização de partes

3 - BRASIL. STF. Agravo de Instrumento nº 564031/SP - São Paulo. Relator: Ministra Carmen Lucia. Julgado em: 30 abr. 2007.

4 - BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118.

5 - BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008: 133-160, p.134.

6 - MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. De máquinas e seres vivos. Autopoiese, a Organização do Vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 35.

do próprio corpo humana), em sentido de intimidade e privacidade (vida privada) que gera a necessidade da existência de um sentido qualitativo, onde o sujeito deve viver de forma digna. No sentido jurídico, a vida, denominada especialmente civil, entende-se a soma consoante preceitos e princípios, que se instituem nas leis vigentes. E nesta vida civil a pessoa tem a faculdade de fruir todas as vantagens e prerrogativas, que lhe são atribuídas como cidadão e como ser humano. Sendo assim, a vida é um direito inviolável e deve ser preservado contra tudo e contra todos, pois é um direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens e direitos, correlatos decorrem de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual ninguém é lícito desobedecer[7], cabendo apenas ao titular capaz escolher como vai utilizá-la, desde que, observe a lei, a moral e a ordem pública, visto que aos incapazes cabe ao seu representante legal ou mesmo ao Ministério Público a sua defesa. Maria Helena Diniz demonstra que "a vida é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana mesmo sob o consenso de seu titular porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir o seu aperfeiçoamento pessoal".[8] A vida deve ser respeitada até o parâmetro de sua própria dignidade individual, mas para isto, deve o titular estar com saúde.

A saúde é um meio para se manter a vida, no entanto, sob qualquer perspectiva que se adote ao termo saúde a sua perda deve ser entendida como acrescida de uma dimensão muito mais ampla do que aquela clássica, oriunda das ideias da patologia e da clínica, de modo a compreender toda e qualquer alteração indesejada nos planos físico, mental, social e individual. A preservação, manutenção e recuperação da saúde tornaram-se, pois, verdadeiras exigências de sociedade contemporânea, que busca incessantemente viabilizar os meios para satisfazer tais crescentes necessidade, mas limitando o aspecto terapêutico as qualidades impostas pela medicina para o caso concreto. A Organização Mundial de Saúde conceitua saúde no parágrafo 2º da sua Constituição como sendo "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças ou enfermidade". Neste prisma compete ao Estado promover o bem-estar físico, mental e social do indivíduo, tanto no aspecto preventivo, curativo como de promoção da saúde. Assim, a saúde deve ser considerada como um direito social (bem coletivo básico, primário, mediato ou como condição que integra o desenvolvimento) que agrega o direito à seguridade social (previdência e assistência social) e que visa à promoção, proteção e recuperação da vida de maneira universal, podendo ser gratuita ou onerosa (art. 196, da CF). O direito à saúde pode ser encarado sob três aspectos: o direito subjetivo (a saúde é direito de todos e dever do Estado), o direito programático (direito de política estatal

7 - DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

8 - DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

9 - LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção) da saúde. Revista da Defensoria Pública. Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008: 35-74, p. 42.

para melhoria do direito à saúde) e o da obrigação jurídica (dirigida a assegurar condições que possibilitem ao cidadão procurar obter um nível máximo de saúde). Não podendo se esquecer que o direito à saúde não pode perder "de vista a interrelacionalidade do bem e a sua especial articulação com outros bens bioconstitucionais".[9] Assim, o direito à saúde pode ser observado pelo prisma da obrigação jurídica pode ser encarado sob dois eixos: o primeiro como objeto mediato que é a própria saúde e o segundo a prestação à saúde que é o objeto imediato, considerado a sua junção para se alcançar a vida digna.

Desta forma, as previsões constitucionais atinentes à vida e à saúde ostentam status de direitos e garantias pétreos (art. 60, § 4º, IV combinado com o art. 5º, caput e § 2º da CF). Por se tratar de direitos fundamentais, pode-se questionar: as previsões normativas concernentes ao direito à vida e à saúde possuem aplicabilidade jurídica imediata?

O Ministro Celso de Mello no RE 271.286 dispôs que "a interpretação de norma pragmática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente". Assim, as normas constitucionais sobre vida e saúde versam sobre direito fundamentar individual, e natureza social, dotados de aplicabilidade imediata, visto que a regulamentação depende na maioria das vezes de atos administrativos ou privados, desvinculados da criação de lei.

Desta forma, o mínimo essencial é construído em face das circunstâncias e possibilidades da sociedade, tanto econômica e financeira quanto culturais de forma abrangente.[10]

4. PRESTAÇÃO DE SAÚDE: ALCANCE MATERIAL E OS TRATAMENTOS QUE DEVEM SER GARANTIDOS E SUA PROVA

O acesso aos serviços de saúde é um direito fundamental do ser humano, e ao Estado caberá dar assistência à preservação da saúde física e mental de todos sempre que a ausência de sua atuação e de seus recursos colocar em risco a coletividade, sendo as ações de profilaxia e controle de doenças endêmicas também se sua alçada (art. 5º e 6º da Lei 8.088/90), inclusive em portos, aeroportos, fronteiras e no exterior[11]. E por ser fundamental deve ser visto como inalienável, intransferível, imprescritível e irrenunciável, visto que "o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo".[12]

Mas como, todos os bens, a saúde mantém uma dependência recíproca entre as ameaças ou lesões e as medidas direcionadas à sua manutenção e promoção.

As ameaças ou lesões são colocadas pelo próprio sujeito, por meio de condutas e estilos de vida arriscados e perigosos, ingerências de terceiros, por riscos

10 - MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV, 3ª. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 397.

11 - BRASIL. STJ. 2ª T. REsp 353147 / DF. Rel. Min. Franciulli Netto, Data do Julgamento 15/10/2002, DJ 18/08/2003 p. 187.

12 - MARTINS, Ives Gandra da Silva. Lei Positiva e Lei Natural. Caderno de Direito Natural, n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985: 20-32, p. 27.

coletivos decorrentes de condutas alheias aceitas pelo sujeito ou decorrentes de fatos jurídicos naturais. No primeiro caso, o indivíduo não deve ser privado da utilização de sua vida conforme a sua conveniência em detrimento à sua saúde, salvo questões de internação compulsória, onde o sujeito não possui discernimento para cuidar da própria saúde (internação compulsória causada pelo uso do crack). A segunda ideia são as ações praticadas por terceiros que podem lesar a saúde, como o caso de utilização de experimentos com autorização do sujeito, sem, no entanto, conhecer todos os resultados da utilização nos seres humanos. Os riscos coletivos são causados pela própria vida em sociedade, tais como a poluição. E por último dos desastres naturais a única responsabilidade do Estado poderá resultar da omissão das medidas possíveis de prevenção, não se podendo condenar o deslizamento de terra.

As medidas direcionadas à sua manutenção e promoção do bem "saúde" deve ter como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer, o acesso aos bens e serviços essenciais e a prestações terapêuticas, médicas e medicamentosas (compreendendo cuidados primários, secundários e terciários).

Desse modo, o direito à saúde deve abranger políticas públicas, terapêuticas e tratamento médico e hospitalar (tanto cirurgia como o remédio, inclusive a reabilitação), odontológico, oftalmológico, e psicológico entre outros, devendo ser os mais eficazes e sem impor sacrifícios desproporcionais ou dolorosos aos doentes. As políticas públicas (sociais e econômicas) possuem um caráter preventivo ou reparador, onde o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, que são de relevância pública. A Terapia "é o tratamento de uma doença, ou seja, é o método ou modalidade de tratamento, como p. Ex. Terapia intensiva, terapia ocupacional, terapia antimicrobiana"[13]. O Tratamento é o "conjunto de meios terapêuticos e prescrições higienodietéticas de que se lança mão para curar uma doença, combater seus efeitos ou aliviar os doentes, a prescrição escrita das medidas terapêuticas destinadas a um paciente ou, ainda, a aplicação dessas medidas terapêuticas ao paciente".[14]

O STJ por meio do REsp 325237, Rel. Min. José Delgado, assegurou tratamento integral no combate ao HIV e AIDS, afastando os limites da lei 9.313/96 ao afirmar que:

> "é de responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96

13 - REY, Luís. Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1993, p. 853.

14 - REY, Luís. Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1993, p. 880.

atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e consequências acarretadas pela doença.[15] É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96". E ao seu turno o AgRg nº 842866, Rel. Min. Luiz Fux, autorizou o tratamento e medicamentos para a hepatite "C" pelo SUS, dispondo expressamente que "em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna".[16]

Para que o poder público conceda o tratamento de saúde necessário, o sujeito interessado deverá fazer a solicitação perante o SUS, caso o tratamento não seja coberto pelo ente público, o interessado deverá formular pedido demonstrando sua doença, bem como deverá apresentar prova de que o tratamento ou medicamento fornecido pelo SUS é ineficaz ou insuficiência para defesa de sua saúde ou que traz sofrimento desproporcional, caso o tratamento só ocorra no exterior, deve o interessado demonstrar a eficácia do tratamento. A prova deverá ser feita por meio de laudo pericial ou atestado médico particular ou próprio do SUS, fornecido por médico com formação na área especifica da doença.

5. O TITULAR E O ENTE RESPONSÁVEL PELO DIREITO À SAÚDE

A vida poderá sofrer interperios que necessariamente deverão ser solucionados por meios de públicos ou privados. Para se manter a vida deve-se ter saúde.

O titular à vida e à saúde é todo ser humano, consoante expressa previsão do art. 196, caput, da Constituição que prevê: "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Assim, qualquer sujeito, maior ou menor, que esteja dentro do território brasileiro, de forma definitiva ou em trânsito fará jus ao tratamento de saúde, independentemente de sua condição financeira individual, mas o tratamento não inserido nos padrões básicos do Sistema Único de Saúde (SUS) poderá ser reclamando do Poder Público apenas quando imprescindíveis, tanto pelos brasileiros quanto pelos estrangeiros, tão somente se a pessoa não tiver meios de custeá-los sem prejudicar suas condições mínimas de sobrevivência. Caso os tratamentos estejam disponíveis apenas na rede privada, a responsabilidade estatal é subsidiária.

15 - BRASIL. STJ. REsp 325237, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03/09/2001, p. 159.
16 - BRASIL. STJ. AgRg nº 842866, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/010/2002.

O Art. 196 da CF disciplina que "a saúde é direito de todos e dever do Estado". Aqui se define de maneira clara a universalidade da cobertura do Sistema Único de Saúde.

Já o parágrafo único do art. 198 da CF determina que: "o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes". Desta forma, todo o Poder Público (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) deve desenvolver políticas públicas, econômicas e sociais, para a redução dos riscos de doenças e ara permitir o acesso irrestrito aos tratamentos e medicamentos. Esta questão é de extrema importância, pois, em todo debate sobre o financiamento do SUS, a ênfase é na participação da União, como se esta fosse à única responsável.

O art. 2º da Lei 8.088/90 dispõe no art. 2º que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício". Sendo dever do Estado de garantir a saúde consistem na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

A Constituição Federal prevê no art. 197 que "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".

A assistência à saúde poderá ser executada por meio do ente publica que tem a sua regulamentação na lei 8080/90 e também poderá ser feita por um ente privado que é disciplinado pela lei 9656/98 que trata dos planos de saúde.

Em parâmetros gerais, trata-se de um direito que pressupõe a colaboração de uma série de sujeitos: os pacientes, SUS, os planos de saúde, os profissionais (médicos, enfermeiros, paramédicos, terapeutas, farmacêuticos) e os empresários da indústria farmacêutica e de produtos médicos, sem esquecer entidades de regulação e de controle (ANVISA).

6. UNIVERSALIDADE, IGUALDADE E INTEGRALIDADE

A universalidade, a igualdade e a integralidade são princípios do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) de maior relevância. Inúmeras estratégias foram realizadas nas duas últimas décadas, no âmbito ampliar a cobertura de ações que, em seu conjunto, possam significar, para o usuário, o acesso mais facilitado a uma atenção integral.

A saúde deve ser considerada como um direito social (bem coletivo) que integra o direito à seguridade social (previdência e assistência social) que visa à promoção, proteção e recuperação da vida de maneira universal, podendo ser gratuita ou onerosa (art. 196, da CF).

É claro que, exigir a contraprestação daqueles indivíduos que não reúnem condições financeiras suficientes para com ela arcarem seria fazer o acesso universal à saúde uma tábua rasa, visto que, por força do princípio da igualdade material, tal raciocínio não se aplica àqueles mais abastados, que poderiam perfeitamente pagar pelos serviços que lhes fossem fornecidos, especialmente pelas prestações da medicina preventiva e curativa passíveis de individualização. Desta maneira, estes sujeitos poderiam, ainda, arcar com terapias ou tratamentos, visto que a manutenção da vida poderá ser exercida por diversos meios, que decorrem do exercício da autonomia do individuo na sua livre e consciente escolha. Assim, para se alcançar a vida deve se ter uma boa saúde.

Na realidade o sistema de saúde público é gratuito, visto que a Lei 8.080/90 proíbe qualquer cobrança pelas ações e serviços fornecidos pelo SUS diretamente ao sujeito atendido, mas a Lei 9.656/98 permite o reembolso ou ressarcimento. O desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região Castro Aguiar no voto da apelação nº 200151010089540 "considerou que as operadoras de plano de assistência à saúde estariam obrigadas a ressarcir ao SUS das despesas referentes aos atendimentos prestados aos beneficiários de seus planos, pelas entidades públicas ou privadas que sejam conveniadas ou contratadas pelo SUS". E, ainda, salientou: a) transferência de dever estatal ao particular; b) violação da igualdade diante do financiamento isolado da saúde por determinado setor privado; c) liberdade do cidadão de optar entre o serviço público (universal) e o serviço particular pelo qual pagou, assim, a liberdade de escolha é uma liberdade aparente, pois escolher é sempre apoiar-se entre duas ou mais coisas prontas, isto é, pré-determinadas por outros. A liberdade pode possibilitar a escolha de obedecer à necessidade e a vontade. Assim, a escolha depende necessariamente das informações postadas pelo interlocutor da mensagem.

A assistência à saúde não constitui um monopólio do Estado. Entretanto, por se tratar de um direito fundamental de relevância pública, quando prestada por entidade privada, está submetida à regulamentação, fiscalização e controle do pode Público.

7. AS FONTES DE CUSTEIO DO DIREITO À SAÚDE

A questão preponderante a manutenção da vida e da saúde em seu 'mínimo essencial' é o aspecto da responsabilidade pelo custeio financeiro que viabilize essas prerrogativas vitais. Sendo certo, que em se tratando do mínimo essencial' não devem prevalecer os argumentos econômicos ou orçamentários como justificativa para negar ou inviabilizar a prestação a manutenção da saúde e da vida de forma digna. Contudo

é coerente imaginar que as prestações de saúde estão em constante desenvolvimento e com valores maiores, mas é inviável idealizar um sistema público capaz de suprir e conceder para todos os sujeitos todas as prestações de saúde disponíveis e necessárias para a manutenção da vida, sendo certo, que a escolha de qual prestação conceder é uma questão trágica.[17]

É inequívoco que o próprio ordenamento jurídico constitucional impõe a combinação de medidas que assegurem o presente e o futuro em matéria socioeconômico, de maneira que o gestor público responsável não pode argüir limites econômicos para algumas medidas essenciais à vida digna no presente. Nesse sentido, a Constituição no art. 170 prevê "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". Por isso, o Poder Público poderá atuar diretamente na área econômica, consoante o art. 173 que prevê "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei." Ou ainda, de forma indireta na forma do art. 174 que dispõe "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

Sendo certo, que o custeio da saúde é elevado, o ordenamento constitucional colocou a Seguridade Social como dever de toda a sociedade e do Estado, sendo financiado por todos os cidadãos são co-responsáveis com o Estado pela preservação da vida e da saúde.

A Constituição Federal no art. 194, inciso VI, prevê a diversidade da base de financiamento para a saúde, ou seja, a saúde pública possui várias fontes de custeio. Ressalta o João Batista Lazzari que "a adoção do princípio da diversidade das fontes de financiamento foi uma escolha acertada do constituinte de 1988, em face da importância da existência de recursos diversificados para a garantia dos investimentos na área da saúde pública".[18] Mas devemos deixar claro que a diversidade não poderá atingir diretamente o próprio utilizador da saúde, ou seja, o SUS será financiado, (1) nos termos do art.195 da CF, com recursos do orçamento do Sistema de Seguridade Social; (2) com verbas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios; (3) além de outras fontes, especificadas no art. 32 da lei 8.080/90.

Desta forma, o custeio da saúde advém principalmente dos tributos, especialmente as contribuições que custeiam a Seguridade Social. Além destas fontes, a Constituição Federal previu fontes complementares, de natureza tributária e outras

17 - BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008: 133-160, p. 135.

18 - LAZZARI, João Batista. As Fontes de Financiamento do Sistema Único de Saúde. São Paulo: Ed. LTr, 2003, p. 21.

diversas, inclusive indenizatórias e remuneratórias, ou seja, a "lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social" (art. 195, § 4º da CF), desde que seja criada lei complementar que no caso é a LC141/2012. A vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º do art. 167, da CF.

A CF prevê no art. 199 que "a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. 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".

Já o art. 197 da CF prevê que "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".

Há, portanto, os serviços públicos de saúde, custeados pelo Estado, prestados por instituições de direito público ou por instituições de direito privado, contratadas ou conveniadas do SUS. E os serviços de assistência privada à saúde, custeados pelos particulares, prestados por instituições de direito privado.

8. SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais:

> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União. A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I (mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição). O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei (art. 195 da CF).

O parágrafo 3º do art. 75 da ADCT prevê que "a União autorizada a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos serão destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999".

O art. 31 da Lei 8080/90 prevê que "o orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentária".

9. OS VALORES MÍNIMOS A SEREM APLICADOS EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE PELOS ENTES FEDERADOS

A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, mesmo que seja inferior ao do ano anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. (art. 5º da LC 141/2012).

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 (art.6º da LC 141/2012).

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 (art.7º da LC 141/2012).

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. 8º da LC

141/2012).

Para o cálculo dos valores mínimos 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, desde que observadas as regras constitucionais estaduais e leis orgânicas municipais.

Para a fixação inicial dos valores correspondentes aos recursos mínimos estabelecidos na LC141/2012, será considerada a receita estimada na lei do orçamento anual, ajustada, quando for o caso, por lei que autorizar a abertura de créditos adicionais. 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.23, da LC141/2012).

O cálculo dos recursos mínimos deverá observar: a) as despesas liquidadas e pagas no exercício; e b) 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. A disponibilidade de caixa vinculada aos Restos a Pagar, considerados para fins do mínimo e posteriormente cancelados ou prescritos, deverá ser, necessariamente, aplicada em ações e serviços públicos de saúde. A disponibilidade das despesas liquidadas 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. No caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão consideradas para fins de apuração dos percentuais mínimos 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. 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 da LC 141/2012 as 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 da LC 141/2012.

10. OUTRAS FONTES DE CUSTEIO

Por sua vez o SUS poderá ser custeado por "outras fontes", além das orçamentárias, que incluem os tributos (art. 198 da CF). Mas quais seriam estas fontes?

De acordo com o art. 32 da Lei 8080/90 são considerados "são consideradas de outras fontes os recursos provenientes de: a) serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde; b) ajuda, contribuições, doações e donativos; c) alienações patrimoniais e rendimentos de capital; d) taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde; e e) rendas even-

tuais, inclusive comerciais e industriais".

11. SAÚDE PRIVADA

A assistência à saúde exercida por entidades privadas, financiada diretamente pelo usuário, caracteriza o setor chamado de saúde suplementar. Esta fonte terá origem na própria sociedade, no que se sobressaem os empreendimentos privados que atuam na área da saúde.

Nos termos do §1º do artigo 199 da CR/88, as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS (saúde complementar). Assim, as entidades privadas que celebram contratos de direito público ou convênio com o SUS, passam a integrar o sistema público de saúde, razão pela qual se submetem aos princípios e diretrizes que orientam o serviço público. Assim, o ente privado que possuir convênio com o SUS será remunerado sempre que prestar assistência gratuita e integral na qualidade se prestador de saúde a todas as pessoas que para lá se dirigirem. Mas, isto só irá ocorrer quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público (art. 24 da lei 8080/90).

Diferentemente da saúde prestada pelo setor público, à saúde prestada pelo setor privado é financiada pelo contratante do serviço, por meio de pagamento direito ou indireto. O pagamento direto ocorre quando não uma terceira pessoa, ou seja, não há intermediário entre a prestação do serviço e o consumidor. Já o pagamento indireto se dá mediante o pagamento de mensalidades e contribuições dos planos de saúde, ou seja, o consumidor, mediante o pagamento antecipado e periódico de um determinado preço, obtém de uma empresa a contraprestação consistente na realização de determinados tratamento e atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais a serem realizados por seus prepostos.[19]

Como é dever do Estado prestar assistência à saúde, por meio do poder público ou, então, pela concessão de autorizações ao setor privado, é necessário o controle desta atividade. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi criada pela lei 9.961/2000 e é um órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, com atuação em todo território nacional. ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

O art. 4º, inc. XXX determina que ANS deve aplicar as penalidades pelo des-

19 - SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado. contratos de adesão de saúde e seguro saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

cumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação. Compete-lhe, portanto, zelar pelo cumprimento das políticas estabelecidas pela Lei de Planos de Saúde, bem como estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS (art. 4º inc. VI da lei 9.961/2000).

O Ressarcimento ao SUS é o processo ou conjunto de ações, gerido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, por meio do qual as operadoras de planos privados de assistência à saúde restituem aos cofres públicos as despesas incorridas no atendimento em unidades de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) aos consumidores de planos privados de atenção à saúde, desde que os serviços prestados sejam cobertos pelo contrato do plano.

Sobre isso, a Lei 9.656/98 exige, de empreendimentos privados de saúde, valores a título de ressarcimento de atendimento em razão de atendimento feito por segurados de tais entidades em hospitais conveniados ao SUS.

O ressarcimento será efetuado pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde para entidade prestadora de serviços, com Base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS, mediante crédito ao Fundo Nacional de Saúde - FNS. Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor. A operadora efetuará o ressarcimento até o 15º (décimo quinto) dia da data de recebimento da notificação de cobrança feita pela ANS. Caso não ocorra o ressarcimento será cobrado os seguintes acrescimentos: I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração; II - multa de mora de dez por cento. Os valores não recolhidos no prazo acima serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos. O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora será revertido ao Fundo Nacional de Saúde.

A ANS disciplinará o processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, cabendo-lhe, inclusive, estabelecer procedimentos para cobrança dos valores a serem ressarcidos. Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos.

Os valores de ressarcimento, bem como os juros e multas a que não serão computados para fins de aplicação dos recursos mínimos nas ações e serviços públicos de saúde nos termos da Constituição Federal (art. 32 da lei 9.656/98).

Assim, são colocados alguns pontos importantes quanto ao ressarcimento que os planos de saúde devem proceder quando o SUS efetua a assistência à saúde em lugar do convênio médico. a) é constitucional este ressarcimento; b) qual a natureza jurídica do ressarcimento e; c) quais os parâmetros par ao ressarcimento.

11.1 CONSTITUCIONALIDADE

A jurisprudência do STJ é pacifica no sentido da constitucionalidade do tema, em virtude da Medida Cautelar na ADIn nº 1.931-8/DF, Rel. Min Maurício Correa. Isto por que não há ofensa ao princípio da proporcionalidade o direito do SUS de ser ressarcido pelo atendimento a que o ente privado deveria prestar, mas por qualquer motivo não o fez. Devemos deixar claro que, o direito ao ressarcimento, só atingem os atendimentos previstos no contrato de plano de saúde e que forem prestados aos respectivos consumidores e seus dependentes por instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS, como se encontra disciplinado no parágrafo 1º do art. 32 dispondo que "o ressarcimento será efetuado pelas operadoras ao SUS com base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS, mediante crédito ao Fundo Nacional de Saúde – FNS".[20]

Outra questão apontada pela inconstitucionalidade é a natureza do ressarcimento, visto que para alguns, o ressarcimento se trata de tributo e por isto, seria necessário lei complementar para regulamentar. Fica claro que nos termos do art. 195, parágrafo 4º e art. 154, ambos da Constituição Federal não impõem a criação de nenhum tributo, mas sim a necessidade ressarcimento por parte do plano de saúde à administração pública, visto que mesma teve gastos efetuados pelos consumidores com que lhe cumpre executar.

Outro argumento para constitucionalidade da Lei 9.656/98 é que o art. 197 da Constituição Federal dispõe que "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", não se necessitando de lei complementar para a sua regulamentação, mas apenas uma simples lei ordinária.

O ressarcimento em nada altera a relação entre o cidadão e o Estado, apenas cria uma nova relação obrigacional entre o Estado e as operadoras.

11.2 NATUREZA JURÍDICA DO RESSARCIMENTO

O art. 32 da 9.656/98 prevê que "serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS".

Assim, o objetivo deste artigo é restituir os gastos realizados pela rede pública de saúde com o tratamento das pessoas conveniadas a planos de saúde privados de assistência à saúde, desde que previsto no contrato de plano de saúde ou previsto na lei como obrigatório só planos de saúde, (mínimo legal). Logo os tratamentos prestados pelo SUS, nas redes conveniadas, que não constem do contrato não serão objeto de ressarcimento.

O ressarcimento irá ocorrer sempre que um consumidor de plano de saúde ou seus dependentes forem atendidos pelo sistema do SUS e que os serviços prestados pelo

20 - BRASIL. STF. Medida Cautelar na ADIn nº 1.931-8/DF, Rel. Min. Maurício Correa.

SUS constarem dos respectivos contratos particulares.

A pergunta seria: Qual a natureza deste ressarcimento que o plano de saúde deve efetuar ao SUS, na forma do art. 32 da Lei a Lei 9.656/98?
Trata de uma forma de receita pública, na modalidade de tributos?
Trata de uma indenização por ato ilícito?
Trata de uma restituição por enriquecimento sem causa?
Trata de uma sub-rogação por imposição legal?

11.2.1 RESSARCIMENTO COMO RECEITA PÚBLICA

Na definição de Aliomar Baleeiro receita pública "é o a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quais quer reservas, condições ou correspondência no patrimônio público, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo".[21] Com base nesse conceito não podem ser consideradas receita pública todas as entradas ou ingressos recebidos pelos cofres públicos, tais como aqueles que constituem "movimentos de fundo, sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionados à restituição posterior ou representem mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo governo".[22]

A doutrina classifica a receita pública de duas formas ordinárias e extraordinárias, segundo a sua periodicidade. As extraordinárias padecem de um caráter mais ou menos esporádico, pelo menos inconstante ou em função de determinada conjuntura, um exemplo clássico são os decorrentes de calamidade pública de guerra externa

21 - BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à ciência das finanças. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 125.
22 - BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à ciência das finanças. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 126.

ou sua iminência (art. 154, da Constituição Federal). As ordinárias são as receitas públicas provenientes da economia privada (originárias) ou economia pública (derivadas). As originárias compreendem as rendas provenientes dos bens e empresas do Estado, que os explora, à semelhança dos particulares, sem exercícios os seus poderes de autoridade, em imprimir coercitivamente à exigência de pagamentos ou a utilização dos serviços que os justificam, embora, não raro, os institua em monopólios. As derivadas compreendem os tributos e as penas pecuniárias.

O ressarcimento ao SUS das despesas efetuadas por consumidores conveniados a planos de saúde pode ser considerado como uma entrada de receita na administração pública, mas não pode ser caracterizado como receita pública visto que os representa mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo governo ao tratamento do consumidor que é conveniado com o plano de saúde. Outro fundamento é que não se trata de hipótese de imposto, pois o nascimento do dever jurídico não provém de fato vinculado à esfera jurídica do contribuinte, já que se trata de notória a atuação estatal. Também não se pode tratar-se de uma taxa visto que não há "exercício do poder de polícia ou utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição" (art. 145, II da CF). Também não se enquadra no conceito de Contribuição uma vez que não há qualquer atividade estatal, ainda que indiretamente, vinculada à pessoa jurídica obrigada ao Ressarcimento. Portanto, não se tratando de nenhuma espécie de receita pública, em especial os tributos, é de se concluir que tem o Ressarcimento ao SUS natureza jurídica de obrigação civil.

11.2.2 O RESSARCIMENTO COMO INDENIZAÇÃO GERADO POR ATO ILÍCITO

Para se tratar de indenização devemos observar se estão presente os requisitos para indenização, seja na forma objetiva, seja forma subjetiva da responsabilidade.

A responsabilidade civil é usualmente concebida no direito brasileiro através de duas espécies: (i) a responsabilidade subjetiva; e a (ii) responsabilidade objetiva.

A responsabilidade subjetiva (art. 186 do CC) está atrelada à noção de conduta culposa do agente causador do dano, no que se aplicam todas as considerações acima sobre os elementos que devem ser reunidos para a configuração da responsabilidade. Assim, no regime da responsabilidade subjetiva, a vítima deverá provar que o agente do dano agiu com culpa, o nexo causal existente entre a conduta do agente e o dano causado, e, finalmente, o dano efetivamente ocorrido.

A responsabilidade civil decorrente de um ato ilícito depende, em regra, da reunião de três elementos: (i) a conduta culposa do agente; (ii) o nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado; e (iii) a ocorrência de dano.

Assim, a conduta culposa do agente que contribui para o ato ilícito poderá ser voluntária, no sentido de que o resultado ilícito de sua atuação era efetivamente desejado (dolo), ou involuntária, considerando-se aqui que o resul-

tado não era desejado, mas terminou por se realizar em virtude da imprudência, negligência, ou imperícia de seu autor.

O nexo causal, por sua vez, é a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o resultado danoso obtido. A sua importância é evidente, na medida em que a configuração do nexo de causalidade permite identificar a relação que se forma entre o agir do autor do ilícito e o dano decorrente. Sem a confirmação do nexo causal não se pode falar em responsabilidade.

A ocorrência de um dano, por fim, gera a responsabilização do agente de um ato ilícito. Para os fins de configuração da responsabilidade civil, o dano pode ser de natureza material ou moral.

A responsabilidade civil objetiva (art. 927, do CC) prescinde da prova da conduta culposa do agente. Para gerar o direito à indenização, basta à vítima provar o nexo causal e o dano sofrido. Essa nova forma de responsabilização surgiu em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos, além da explosão demográfica, ocorridos no século passado. Percebeu-se que, se fosse compelida a vítima a provar a culpa do agente em numerosas situações, terminar-se-ia por gerar verdadeiras injustiças, dada a dificuldade que a produção dessa prova poderia acarretar. Haverá responsabilidade objetiva (1) nas hipóteses que a lei a prever e (2) quando o dano advir de atividade de risco.

Fica claro que a responsabilidade será objetiva, pois o Estado não analisa a culpa das operadoras, ao contrário, basta o dano ao SUS para que aquelas tenham o dever de ressarci-lo. Isto porque o plano de saúde inicialmente coloca a disposição dos consumidores a carteira de médicos, hospitais, clinicas, etc. E cabe excluisavemente aos consumidores a escolha de qual méidico, hospital ou clínica rir, ou seja, o consumidor tem tem a opção de usar os serviços contratados, ou exercer seu direito subjetivo público à saúde. É certo que se o beneficiário no momento não utilizou o serviço privado e optou pelo público, nem ato ilícito praticou a prestadora de serviço, seja positivo ou negativo.

Outra questão a observar é se ocorreu algum tipo de dano. Para a sua ocorrência é necessário o prejuízo e a ofensa ao bem juridicamente tutelado. Em relação ao prejuízo fica caracterizado, visto que o consumidor que poderia estar usando o sistema privado de saúde, esta usando o públcio e retirando dos mesnos afortunados maiores êxitos na pestação de serviço, ou seja, há prejuízo ao SUS porque o consumidor de um plano tem a possibilidade de utulizar os serviços privados e ao usufruir os serviços públicos, que possui poucos recursos, compromete o atendimento daqueles que efetivamente precisam da assistência pública. No entanto, não se caracteriza a ofensa ao bem juridicamente tutela, pois à utilizar do serviço público o usuário esta exercendo um direito constitucional, ou seja, está exercendo o direito público subjetivo à saúde constitucionalmente conferdido.

Fica claro que não cabe a tese que o ressarcimento é uma forma de in-

denização, visto que nem sempre estaremos perante um dano causado por um ato ilícito, pois o inadimplemento da obrigação por parte do plano de saúde foi suprido por outro ente (SUS) que prestou o dever constitucional da prestação à saúde.

É claro que nas ponderações acima, passamos do pressuposto que o consumidor, por qualquer motivo, optou pelo serviço público, contudo, questão diversa, é quando o plano de saúde se nega a prestar o serviço obrigando ao consumdiro procurar o serviço do SUS.

Neste caso estariamos perante uma conduta ilícita do plano de saúde, qual seja, a negativa em prestar os serviços contratados, ocorrendo o descomprimento do contrato, mas mesmo nestes casos, não haveria ofensa ao bem tutelado, já o sujeito está no exercício do seu direito subjetivo constitucional à saúde.

Em ambos os casos, o plano de saúde teve a sua prestação adimplida por outrem, cabendo ao consumidor solicitação a extinção do contrato com a prestadora do serviço e com o pagamento de perdas e danos.

No caso do SUS que, prestou o serviço por força da constituição, passou a ter algum direito contra o plano de saúde? O art. 32 da 9.656/98 previu o ressarcimento, fica claro que o SUS não tem direito a ser indenizado por ter cumprido o dever constitucional na forma da responsabilidade por inadimplemento de outrem.

11.2.3 O RESSARCIMENTO COMO RESTITUIÇÃO GERADO PELO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Uma vez que o SUS efetuou a prestação de saúde que inicialmente era dever contratual do plano de saúde, cabe saber se ocorreu um eriquecimento por parte do plano de saúde, visto que recebeu o valor da prestação de seu cliente e não cumpriu a sua obrigação, visto que mesma foi aimplida pelo SUS.

O direito não permite é que um sujeito se enriqueça em detrimento de outra, sem justa causa Essas situações, Silvio de Salvo Venosa demonstra que "configuram um enriquecimento sem causa, injusto, imoral e, invariavelmente contrário ao direito, ainda que somente sob o aspecto da equidade ou dos princípios gerais de direito".[23]

Caio Mario da Silva Pereira acerca do instituto ponderou que "toda aquisição patrimonial deve ocorrer de uma causa, ainda que seja ela apenas um ato de aprovação por parte do agente, ou de um ato de liberalidade de uma parte em favor de outra. Niguem enriquece do nada. O sistema jurídico não admite assim, que alguem obtenha um proveito economico às custas de outrem, sem que esse proveito decorra de uma causa juridicamente reconhecida. A causa para todo e qualquer enriquecimento não só deve existitr origniariamente, como também

23 - VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 11ª ed. São Paulo: Atlas. Vol. 2, 2011, p. 207.

deve subsistir, já que o desaparecimento superveniente da causa do enriquecimento de uma pessoa, às cusastas de outra, também repugna ao sistema".[24]

O enriquecimento pode emanar de ato jurídico, como de negócio jurídico, e também como ato de terceiro. Assim, o direito de ressarcimento teria a sua fundamentação no enriquecimento sem causa?

O requsito para aplicação do instituto é o próprio enriquecimento sem causa e a não existencia de ação específica.

A primeira questão deve-se ater a distinção entre indevido e sem causa. O enriquecimento indevido importa a obrigação para o sujeito que a auferiu a vantagem patrimonial infundadad de compensar o sujeito às custas de quem aumentou seu patrimônio. O enriquecimento sem causa é vantagem patrimonial auferida por um sujeito de direito sem fundamento jurídico.

Não mencionamos nos requisitos a necessidade do empobrecimento de uma das partes, visto que a doutrina dominante afirma que pode exisitr ou não o prejuízo, ou seja, pode consisitir em diminuição de seu patrimonio ou não como no caso do sujeito que se utiliza dos serviços médicos sem ter nenhum convêncio médico ou no caso de ter convenio médico, mas o mesmo não cobre os serviços prestados pelo SUS. Assim, o empobrecimento do SUS não é motivo por si só capaz de atribuir ao ressarcimento a natureza de enriquecimento sem causa.

Contudo o requisito mais importante é causa, ou seja, vede ocorrer uma ausência de causa no enriquecimento por parte do plano de saúde. Aqui não houve causa injusta. Vejamos o caso do consumidor que obta pelo tratamento público, dentro do direito constitucional subjetivao à saúde, sem que o plano de saúde saiba do ocorrido. O plano obteve um ganho, o SUS teve uma despesas, mas não houve causa injusta, pois o usuário obtou em usar o sistema SUS. Agora vejamos o caso do plano de saúde que deliberadamente não oferece ao consumidor tratamento que estava obrigado a prestar, neste caso teremos uma causa injusta.

Silvio de Salvo Venosa demonstra que "quando o enriquecimento ocorre por meio de um terceiro, nem sempre será simples identificar a causa injusta. A dúvida repousa em saber em que medida um ato praticado entre o empobrecido e um terceiro pode afetar o enriquecido".[25]

O STF na Medida Cautelar na ADIn nº 1.931-8/DF, Rel. Min Maurício Corrêa entendeu que o ressarcimento ao SUS pelas planos de saúde possui natureza meramente restitutória, não sedo o caso de tributo, mas de "mera recomposição do patrimônio público", mas não com fundamento as subrogação, mas sim na ideia do enriquecimento sem causa, visto que o legislador quis evitar que as operadoras de planos de assitência à saúde privados acabem por "obter um acrescimento patrimo-

24 - PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Teoria Geral das Obrigações. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. 2, 2003, p. 537.

25 - VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 11ª ed. São Paulo: Atlas. Vol. 2, 2011, p. 225.

nial sem a respectiva causa, acréscimo esse resultante da comercialização dos planos de saúde aliada à omissão no que diz respeito ao atendimento aos contratados".[26]

No mesmo sentido Sérgio Feltrin Correa afirma que "o ressarcimento tem como fundamento duas vertentes: a primeira o princípio do direito de não enriquecimento sem causa, face às empresas exercerem atividade lucrativa, também devendo arcar com os ônus e riscos do negócio; e a segunda, o princípio da moralidade, uma vez que, à luz do art. 199, parágrafo 1º da CF, é o setor privado que deve participar de forma complementar do SUS, não cabendo ao erário fomentar, de forma, indireta, os lucros da atividade privada; três, o princípio da isonomia, pois o ressarcimento não afasta o dever do Estado de prover a saúde a todos os cidadãos indiscriminadamente, mas muito pelo contrário, propicia a aplicação de recursos em maior cobertura à expansão dos serviços, em consonância com os princípios da generalidade e da regularidade dos serviços públicos de saúde".[27]

Desta forma, será que ocorreu o enriquecimento sem causa dos planos de saúde?

Analisando a regra contratual podemos afirmar que o plano de saúde recebeu mensalidades do consumidor e passou a ter o dever de efetuar a sua prestação à saúde. Se assim proceder (recebe as mensalidades e presta os serviços), todo o lucro auferido com essa atividade será um enriquecimento justo. Contudo, a partir do momento que o plano de saúde recebe as mensalidades e não presta os serviços, a empresa privada está se enriquecendo, injustamente, dos valores das mensalidades, visto que o SUS prestou o serviço.

Outra questão que se a considerar é a subsidiariedade da ação. Fica claro da lei do art. 886 que "não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido". O art. 32 da Lei 9.656/96 prevê que o ressarcimento será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS por meio do procedimento administrativo regulamentado na Resolução Normativa RN nº 253 de 05 de maio de 201.

Desta feita, não se trata de direito do SUS solicitar o ressarcimento em decorrência do enriquecimento sem causa, visto que este instituto só poderá ocorrer em subsidiariedade, ou seja, quando não houver outro meio de ser ressarcido do prejuízo, o que não é caso, pois a previsão expressa para o pedido de ressarcimento por parte do SUS não se caracteriza.

11.2.4 O RESSARCIMENTO COMO SUB-ROGAÇÃO

Subrogação é a substituição de um dos elementos da obrigação sem a sua extinção. Trata-se forma indireta de adimplmento da obrigação, porém sem a imediata

26 - BRASIL. STF. Medida Cautelar na ADIn nº 1.931-8/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa.
27 - BRASIL. 2ª REGIÃO. TRF 2ª Apelação civil nº 200151010089540. 2ª turma. Rel. Sérgio Feltrin Correa. Julgamento: 15/09/2004. http://www.trf2.jus.br. Acesso em 15/10/2012.

liberação do devedor. A sub-rogação pode ser legal (de pleno direito) ou convencional. A primeira dispensa a manifestção dos envolvidos e são apontadas pela norma jurídica. A segunda depende de convenção entre as partes.

A subrogação legal ocorre quando o credor ou o devedor é susbstituido por uma terceira pessoa, substituição essa que se opera de pleno direito e por determinação legal. Logo o art. 32 da Lei 9656/98 ao estipular o direito de ressarcimento pelas operadoras de saúde ao SUS, nada mais vez do que estipular uma forma de sbrogação.

A subrogação é util tanto ao subrogado, porque lhe asegura o reembolso do que pagou para solver a dívida, como também para o credor, por que lhe facilita o recebimento da prestação, ainda que por meio de outra pessoa.

Assim, quando o SUS efetua a prestação de serviço, por determinação constitucional (interesse legal), acaba por se subroogar no direito de ser ressarcido pelas despesas feitas.

Na subrogação pressupõe o cumprimento da obrigação por parte do SUS e gera nova dívida, onde o plano de saúde é devedor. Isto porque se o SUS não tivesse interesse legal não se daria a subrogação legal.

12. QUESTÕES PREPONDERANTES:

Os enunciados normativos que versam sobre a vida e saúde buscam proteger e promover um bem da vida que não convive facilmente com gradações. Assim:

12.1 QUAL O NÍVEL MÍNIMO DE SAÚDE PARA SE MANTER VIVO?

O 'mínimo essencial' deve compatibilizar à diversidade com o dever máximo de tolerância, ou seja, deve ser conjugado as prerrogativas de ser diferente e individual com respeito às diferenças

De fato, a extensão da eficácia dos dispositivos constitucionais que versam sobre o tema deve "estar relacionada às prestações de saúde disponíveis, e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas", pois não é possível nenhuma influência no resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente. A própria dignidade da pessoa humana deve ser o mínimo existencial.

12.2 QUE PRESTAÇÕES DE SAÚDE OS INDIVÍDUOS TÊM DIREITO, AO MENOS NESTE MOMENTO HISTÓRICO?

O direito à saúde deve abranger políticas públicas, terapêuticas e tratamento médico e hospitalar (tanto cirurgia como o remédio, inclusive a reabilitação), odontológico, oftalmológico, e psicológico entre outros, devendo ser os mais eficazes e sem impor sacrifícios desproporcionais ou dolorosos aos doentes

Para que o poder público conceda o tratamento de saúde necessário, o sujeito interessado deverá fazer a solicitação perante o SUS, caso o tratamento não seja coberto pelo ente público, o interessado deverá formular pedido demonstrando sua doença, bem

como deverá apresentar prova de que o tratamento ou medicamento fornecido pelo SUS é ineficaz ou insuficiência para defesa de sua saúde ou que traz sofrimento desproporcional, caso o tratamento só ocorra no exterior, deve o interessado demonstrar a eficácia do tratamento. A prova deverá ser feita por meio de laudo pericial ou atestado médico particular ou próprio do SUS, fornecido por médico com formação na área especifica da doença.

12.3 QUE TIPO DE PRESTAÇÃO DEVE SER OFERECIDO PELO PODER PÚBLICO?

O acesso aos serviços de saúde é um direito fundamental do ser humano, e ao Estado caberá dar assistência à preservação da saúde física e mental de todos sempre que a ausência de sua atuação e de seus recursos colocar em risco a coletividade, sendo as ações de profilaxia e controle de doenças endêmicas também se sua alçada (art. 5º e 6º da Lei 8.088/90), inclusive em portos, aeroportos, fronteiras e no exterior.

12.4 A PRESTAÇÃO PODE SER ASSUMIDA PELOS PLANOS DE SAÚDE?

Nos termos do §1º do artigo 199 da CR/88, as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS (saúde complementar). Assim, as entidades privadas que celebram contratos de direito público ou convênio com o SUS, passam a integrar o sistema público de saúde, razão pela qual se submetem aos princípios e diretrizes que orientam o serviço público. A assistência à saúde exercida por entidades privadas, financiada diretamente pelo usuário, caracteriza o setor chamado de saúde suplementar. Esta fonte terá origem na própria sociedade, no que se sobressaem os empreendimentos privados que atuam na área da saúde.

12.5 CASO NÃO HAJA PRESTAÇÃO POR PARTE DO PLANO DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DE INCAPACIDADE NA INFORMAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO PLANO, POR PARTE DO BENEFICIÁRIO, DEVERÁ O SUS EFETUAR O TRATAMENTO?

A universalidade, a igualdade e a integralidade são princípios do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) de maior relevância. Inúmeras estratégias foram realizadas nas duas últimas décadas, no âmbito ampliar a cobertura de ações que, em seu conjunto, possam significar, para o usuário, o acesso mais facilitado a uma atenção integral. A saúde deve ser considerada como um direito social (bem coletivo) que integra o direito à seguridade social (previdência e assistência social) que visa à promoção, proteção e recuperação da vida de maneira universal, podendo ser gratuita ou onerosa (art. 196, da CF). A assistência à saúde não constitui um monopólio do Estado. Entretanto, por se tratar de um direito fundamental de relevância pública, quando prestada por entidade privada, está submetida à regulamentação, fiscalização e controle do pode Público.

12.6 CASO PROCEDA AO TRATAMENTO PODERÁ OCORRER O RESSARCIMENTO PELAS DESPESAS FEITAS?

O art. 32 da 9.656/98 dispõe prevê que serão ressarcidos pelas operadoras de saúde, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS. Este ressarcimento deverá observar as regras legais e será feito por meio de um procedimento administrativo.

12.7 QUAL O FUNDAMENTO JURÍDICO PARA O RESSARCIMENTO?

Primeiramente podemos afirmar que o fundamento é legal e decorre do direito que o Estado possui de subrogar no direito de se ver ressarcido pelas despesas que teve com um paciente que inicialmente seria dos planos de saúde. Sendo assim, o SUS subrogasse em todos os direitos, ações, privilégios e garantias do consumidor, em relação à dívida, contra plano de saúde e demais coobrigados, mas apenas até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.

13. REFLEXÕES CONCLUSIVAS

O direito à saúde é um direito social que sem ele a vida não poderá ser exercida com dignidade. Embora seja um dever do Estado manter uma saúde digna e com qualidade a Constituição permitiu que a iniciativa privada preste serviços de assistência à saúde juntamente com o Estado.

A manutenção da saúde pública decorre de diversos fatores previstos na lei, enquanto a subsistência dos planos de saúde depende exclusivamente dos contratos prestados entre consumidores e os planos.

A relação entre o SUS e os seus usuários é uma relação decorrente da lei, que cria um sistema universal, igualitário e integral. A relação entre o plano de saúde e os consumidores é uma relação contratual onde impera liberdade do cidadão de optar entre o serviço público (universal) e o serviço particular pelo qual pagou, assim, a liberdade de escolha é uma liberdade aparente, pois escolher é sempre apoiar-se entre duas ou mais coisas prontas, isto é, pré-determinadas por outros. A liberdade pode possibilitar a escolha de obedecer à necessidade e a vontade. Assim, a escolha depende necessariamente das informações postadas pelo interlocutor da mensagem.

O legislador optou em criar um sistema de ressarcimento quando o ente privado (plano de saúde), de qualquer modo não cumpre as regras contratuais de atendimento. O ressarcimento, como visto, não se fundamenta em uma obrigação tributária. Ora, a obrigação de ressarcir não tem origem na Lei 9.656/98, ao contrário, quando da edição desta lei a obrigação já existia. O que a LPS fez, foi simplesmente disciplinar a forma como se daria esse ressarcimento. Também não se funda no direito a indenização, pois não há ofensa ao bem juridicamente tutela, pois à utilizar do serviço público o usuário esta exercendo um direito constitucional, ou seja, está exercendo o direito público subjetivo à saúde constitucionalmente conferdido. Não

se trata de enriquecimento sem causa porque o exercicio deste instituto só poderá ser exercicio de forma subsidiária e no caso há procedimento específico para a questão. Assim, o ressarcimento se funda no direito que o Sus possui de subrogar de pleno direito no exercício do direito, visto que o mesmo efetuou o pagamento da obrigação junto ao usuário (consumidor), passando a ter direito a ser ressarcido das despesas feitas no tratamento do ente convênciado.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFIA

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à ciência das finanças. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008: 133-160.

BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. 2ª REGIÃO. TRF 2ª Apelação civil nº 200151010089540. 2ª turma. Rel. Sérgio Feltrin Correa. Julgamento: 15/09/2004. http://www.trf2.jus.br. Acesso em 15/10/2012.

BRASIL. STF. 2ª T. RE 271.286 / RS. Rel. Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 12/09/2000. DJ 24-11-2000 PP-00101

BRASIL. STF. Medida Cautelar na ADIn nº 1.931-8/DF, Rel. Min. Maurício Correa.

BRASIL. STJ. AgRg nº 842866, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/010/2002.

BRASIL. STJ. 2ª T. REsp 353147 / DF. Rel. Min. Franciulli Netto, Data do Julgamento 15/10/2002, DJ 18/08/2003 p. 187.

BRASIL. STJ. REsp 325237, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03/09/2001, p. 159.

BRASIL. STF. Agravo de Instrumento nº 564031/SP. Relator: Min. Carmen Lucia. Julgado em: 30 abr. 2007.

CONDE, Luiz Felipe. Ressarcimento ao sus – à luz do direito. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: FioCruz, 2004. http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Dissertacoes_Ressarcimento_ao_SUS_a_luz_do_Direito.pdf. Acesso em 12/10/2012.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4ª. São Paulo: Saraiva, 2007.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. A saúde entre o público e o privado. O desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos. Curitiba: Jurua. 2011.

LAZZARI, João Batista. As Fontes de Financiamento do Sistema Único de Saúde. São Paulo: Ed. LTr, 2003.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção) da saúde. Revista da Defensoria Pública. Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008: 35-74.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Lei Positiva e Lei Natural. Caderno de Direito Na-

tural, n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985: 20-32.
MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. De máquinas e seres vivos. Autopoiese, a Organização do Vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV, 3ª. Coimbra: Coimbra, 2000.
FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. Plano de Saúde e Direito do Consumidor. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.
NUNES, Antonio José de Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.
PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Teoria Geral das Obrigações. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. 2, 2003.
PINTO E NETTO, Luisa Cristina. Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional. Salvador: Podium. 2009.
REY, Luís. Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1993.
REIS, Otávia Miriam Lima Santiago. O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança. Departamento de direito. Universidade Federal de Viçosa. S/d. http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Mono_Ressarcimento%20otica%20juridica%20-%20Otavia_Reis.pdf. Acesso em 12/10/2012.
SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direitos sociais. Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado. contratos de adesão de saúde e seguro saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.
SCHULMAN, Gabriel. Planos de saúde. Saúde e contrato na contemporâneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
SICHES, Luis Recaséns. Vida humana. 3ª Ed. México: Porrúa, 1952.
VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos

A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR LIDES ENVOLVENDO CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE PARCERIA E CONTRATOS DE GESTÃO

FERNANDO BORGES MÂNICA
Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Positivo. Advogado.

FERNANDO MENEGAT
Mestrando em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Administrativo. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O Ministério Público do Trabalho e as ações civis públicas na justiça trabalhista 3. Contornos jurídicos das causas envolvendo celebração de termos de parceria e contratos de gestão na saúde. 4. A incompetência material da justiça do trabalho. 5. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo analisa a competência material da Justiça do Trabalho para julgar as causas envolvendo celebração de Termos de Parceria ou Contratos de Gestão entre o Poder Público e as OSCIP's e Organizações Sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Contrato de Gestão e Termo de Parceria. Ação Civil Pública. Justiça do Trabalho. Incompetência.

1. INTRODUÇÃO

Tem sido recorrente o ajuizamento de demandas pelo Ministério Público do Trabalho em todos os Estados da federação brasileira, em que o parquet questiona a nulidade da celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão entre o Poder Público e entidades do Terceiro Setor qualificadas como Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Tais ajustes, na maioria dos casos, são celebrados para prestação de serviços de saúde, um setor historicamente desprovido de investimento e estruturação adequada por parte do Estado brasileiro.

Na visão do Ministério Público do Trabalho, tais ajustes celebrados configuram di per si terceirização ilícita de atividade-fim do Estado, bem como indevida interposição de mão-de-obra, na medida em que importam em burla à exigência constitucional do concurso público para provimento em cargos públicos. O argumento é repetido ipsis litteris pelo parquet em todas as demandas envolvendo outras áreas de atuação social.

Na prática, a Justiça do Trabalho tem dado respostas deveras contraditórias acerca de sua competência para julgamento de referidas demandas, conforme se verifica de recentíssimas decisões proferidas por Tribunais Regionais do Trabalho:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RELAÇÕES DE TRABALHO - TERMOS DE PARCERIA FIRMADOS ENTRE MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARANÁ E OSCIP - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A relação mantida entre os trabalhadores e entidades, tais como a OSCIP ré, é de trabalho. A Justiça do Trabalho tem sido chamada a se manifestar a respeito, em razão das inúmeras ações propostas por esses trabalhadores, que reclamam o não pagamento de parcelas garantidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo comum a condenação da Administração Pública a responder, subsidiariamente, pelos débitos reconhecidos. O pedido de afastamento das pessoas que estejam trabalhando, de forma subordinada e não eventual, para o Município réu, envolve discussão acerca da regularidade de tais contratações, que não são estatutárias, mas regidas pela CLT, o que se insere na competência da Justiça do

Trabalho. Dá-se provimento ao recurso do Ministério Público do Trabalho para declarar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito.[1]

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESVIRTUAMENTO DE CONTRATOS E TERMOS DE PARCERIA FIRMADOS PELO PODER PÚBLICO COM ENTIDADES PRIVADAS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE SAÚDE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFISSIONAIS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A UMA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.
1. Hipótese em que a causa de pedir da ação reside, ainda que implicitamente, na invalidade dos contratos, convênios e termos de parceria firmados entre o ente público e entidades civis sem fins lucrativos, nos arrimo nas Leis Federais nºs 8.080/90, 9.637/99 e 9.790/99, bem como na Lei Estadual nº 7.066/98. Logo, há de ser afastada a subsunção da hipótese aos incisos I e IX do art. 114, da CF/88, por não se tratar de controvérsia oriunda de uma relação de trabalho de caráter celetista mantida pelo Poder Público.
2. De outra parte, consoante atual e iterativo entendimento do E. STF, fixado a partir do julgamento da ADI-MC nº 3395-6/DF e corroborado em inúmeros outros precedentes (Rcl nº 5.381-4/AM, Rcl nº 4.464-5/GO, Rcl nº 5.569/RJ-AgR e Rcl nº 4.069/PI-AgR) compete à Justiça Comum, e não à Trabalhista, pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações mantidas entre servidores e o Poder Público, bem como sobre eventual defeito no título jurídico sobre o qual se fundam os respectivos vínculos, inclusive nas hipóteses de contratação em caráter temporário, com alegado suporte no art. 37, inciso IX, do Texto Maior, ou precário, sem concurso público.
3. Por tais razões, falece a esta Justiça Especializada competência para julgar o feito.[2]

O presente artigo propõe-se justamente a discutir o tema, nos termos das linhas que seguem.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA JUSTIÇA TRABALHISTA

O Ministério Público do Trabalho é componente do Ministério Público da União,[3] incumbindo-lhe *in genere* "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Compreendido constitucionalmente enquanto "função essencial à justiça", são missões institucionais do Ministério Público, consoante art. 129 da Constituição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e

1 - Recurso Ordinário 29862-2011-005-09-00-8. TRT 9ª Região. Rel. Des. Ana Carolina Zaina. Julgado em 09/10/2012.
2 - Recurso Ordinário 01151-2008-016-16-00-9-REXOFRVS. TRT 16ª Região. DES(A RELATOR(A): LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR. DATA DE JULGAMENTO: 06/09/2012
3 - Constituição Federal, art. 128, I, "b".

social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A despeito da unidade, indivisibilidade e independência funcional da instituição,[4] certo é que, internamente, admitem-se repartições de competências dentro da entidade ministerial, competências essas que são distribuídas materialmente, conforme a área de atuação de cada órgão.

Assim, ao dispor sobre as competências do Ministério Público do Trabalho, a Constituição e a legislação infraconstitucional pátria delimitam uma importante restrição à atuação de tais instituições: somente há interesse de tal ente em questões que interfiram, de alguma forma, no trabalho dos cidadãos brasileiros.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 75, de 20.05.93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União explicitou, no seu artigo 83, inciso III, competir ao Ministério Público do Trabalho *"promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos"*, sem prejuízo do contido no inciso I, que lhe atribui competência para, perante os órgãos da Justiça do Trabalho, *"promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal ou pelas leis trabalhistas"*.

Raimundo Simão de Melo afirma que "na esfera trabalhista, atuam os Procuradores do Trabalho na defesa da Constituição Federal (art. 7º e seguintes), das leis e dos instrumentos normativos que asseguram os direitos sociais e as liberdades individuais e coletivas dos trabalhadores".[5] O mesmo autor, no que toca especificamente à Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho, afirma:

> A Ação Civil Pública, como espécie das ações coletivas, tem por finalidade proteger os direitos e interesses metaindividuais [...] de ameaças e de lesões. [...] no Direito do Trabalho, [...] além da subordinação econômica e da hipossuficiência presumida do trabalhador, sobre este as ameaças do desemprego e até mesmo as retaliações praticadas por certos empregadores em represália pela busca de uma reparação perante o Poder Judiciário Trabalhista. Por essas e outras razões verificadas em cada caso concreto, a Ação Civil Pública trabalhista representa uma adequada forma de acesso do cidadão ao verdadeiro direito de ação. [6]

4 - Art. 127, §1º da Constituição.
5 - MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 51-52.
6 - MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 152-153.

No mesmo passo, admitindo a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações civis públicas, reflete Carlos Henrique Bezerra Leite:

> [...] o art. 83, III, da LOMPU há de ser interpretado em sintonia com o art. 129, III, da CF, que não deixa margem de dúvida quanto à aplicação da ACP não apenas para a defesa do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas, também, para a proteção "de outros interesses difusos e coletivos. [...] A única condição para a sua adequada utilização no processo do trabalho é que a matéria nela tratada tenha conteúdo trabalhista, pois somente assim poderá adequar-se à moldura do art. 114 da CF, que trata da competência da Justiça do Trabalho". [7]

Seguindo a mesma linha de raciocínio, explica Sérgio Pinto Martins:

> As hipóteses para o ajuizamento da ação civil pública estão contidas apenas no inciso III do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, que prevê a promoção da "ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos".[8]

Parece claro que, se de um lado, o parquet laboral de fato detém legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública, tal competência é restrita *materialmente*[9] às hipóteses em que haja no caso em questão discussão que envolva as relações de trabalho, repercutindo direta e concretamente no âmbito laboral. Sobre o assunto, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDIÇÕES DE TRABALHO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ARTS. 114 E 129, DA CONSTITUIÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.
> O acórdão recorrido prestou, inequivocamente, jurisdição, sem violar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tendo enfrentado as questões que lhe foram postas. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos no âmbito trabalhista. Questões referentes ao ambiente, às condições e à organização do trabalho. Compe-

7 - LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho, 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1360; 1365. (Grifou-se).

8 - MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 603.

9 - Há também importante restrição de índole finalística na atuação do Ministério Público do Trabalho, bem tratada por Eduardo H. R. Von ADAMOVICH: "A vinculação do Ministério Público, com a realização do ordenamento jurídico, lhe retira a possibilidade de ser representante. O representante, por definição, é parcial [...] O Ministério Público não. Contenta-se com a efetivação da ordem jurídica. [...] A imparcialidade, por conseguinte, é para o membro do Ministério Público, mesmo quando atue diretamente na defesa de determinada parte, assistindo-a ou representando-a, um dever, tanto quanto este o é para o Poder Judiciário". ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. Sistema da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 236).

tência da Justiça do Trabalho. Súmula 736/STF. Agravo regimental a que se nega provimento.[10]

COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONDIÇÕES DE TRABALHO.
Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.[11]

Daí porque o que delimita a competência material da Justiça do Trabalho é o pedido e a causa de pedir contidos na Ação Civil Pública.[12] O Tribunal Superior do Trabalho já teve a oportunidade de assentar tal entendimento:

COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. MUNICÍPIO. REGIME JURÍDICO ÚNICO. SERVIDOR CELETISTA.
1. A Justiça do Trabalho é competente para dirimir as controvérsias decorrentes do regime jurídico único em que o ente público adota o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para reger as relações firmadas entre as partes.
2. A competência material define-se pela causa de pedir e pedido fundados em contrato de emprego, mesmo que inválido, mas controvertido. Precedentes.
3. Recurso de revista conhecido e provido.[13]

No caso ora tratado, como já se discorreu, o Ministério Público do Trabalho questiona as parcerias por meio de Ação Civil Pública em que:

(i) a causa de pedir é a ofensa ao art. 37, II da Constituição Federal de 1988 por conta de suposta "terceirização ilícita de mão de obra";

(ii) os pedidos são de provimento jurisdicional para declarar a nulidade dos ajustes, bem como para condenar as OS e OSCIP a abster-se de celebrar novos ajustes que impliquem suposta "terceirização de mão de obra".

Não obstante, "a matéria veiculada na ACP deve ser de natureza trabalhista e emergir das relações jurídicas entre empregados e empregadores ou, na forma da

10 - AI 416463 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 21-06-2012 PUBLIC 22-06-2012 RSTP v. 24, n. 278, 2012, p. 136-140. (Grifou-se).
11 - RE 206220, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/03/1999, DJ 17-09-1999 PP-00058 EMENT VOL-01963-03 PP-00439.
12 - Nesse sentido: COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. MUNICÍPIO. REGIME JURÍDICO ÚNICO. SERVIDOR CELETISTA. 1. A Justiça do Trabalho é competente para dirimir as controvérsias decorrentes do regime jurídico único em que o ente público adota o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para reger as relações firmadas entre as partes. 2. A competência material define-se pela causa de pedir e pedido fundados em contrato de emprego, mesmo que inválido, mas controvertido. Precedentes. 3. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-5021/2002-900-04-00, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJU 29/02/08). (G.N.)
13 - TST-RR-5021/2002-900-04-00, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJU 29/02/08. (Grifou-se).

lei, de outras relações de trabalho".[14] Justamente por isso, de acordo com Sérgio Pinto MARTINS, "não poderá [...] ser proposta ação postulando direitos diversos dos constitucionalmente previstos aos trabalhadores, ainda que sejam direitos difusos".[15]

Nessa toada, reconhece-se a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para promover tais ações, consoante reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

> RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. INSALUBRIDADE NO AMBIENTE E NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. UTILIZAÇÃO DE MAQUINÁRIO OBSOLETO. ACIDENTES DE TRABALHO, INCLUSIVE CAUSADORES DE DEFORMIDADES FÍSICAS. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DOS TRABALHADORES.
> 1. A Constituição da República de 1988, em seus arts. 127 e 129, confere legitimação ativa ao Ministério Público do Trabalho para, mediante ação civil pública ajuizada na Justiça do Trabalho, promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (subespécie de interesse coletivo).
> 2. De acordo com a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, "Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. Constituição Federal, art. 127, "caput", e art. 129, III." (RE-195056/PR - PARANÁ, DJ 14/11/2003).
> 3. O interesse de agir do Ministério Público do Trabalho, ao ajuizar ação civil pública trabalhista, radica no binômio necessidade-utilidade da tutela solicitada no processo, com a finalidade de que a ordem jurídica e social dita violada pelo réu seja restabelecida, hipótese de medida de proteção à higidez física e mental dos trabalhadores envolvidos no conflito.
> 4. A circunstância de a demanda coletiva envolver discussão acerca de direitos que variem conforme situações específicas, individualmente consideradas, como entendeu o Tribunal Regional, não é suficiente, por si só, para impor limites à atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa de interesses sociais, sob pena de negar-se vigência ao art. 129, III, da Constituição Federal, que credencia o "Parquet" a propor ação civil pública relacionada à defesa do interesse coletivo amplo, consubstanciado, na espécie, em exigir a observância das normas trabalhistas, de ordem pública e imperativa, as quais disciplinam a saúde e segurança dos trabalhadores, em relação aos empregados da ré e constituindo a origem comum do direito reivindicado na ACP.
> 5. Na ação coletiva, a sentença será, necessariamente, genérica, fazendo juízo de certeza sobre a relação jurídica controvertida, e a individualização do direito far-se-á por meio de ação de cumprimento pelo titular do direito subjetivo reconhecido como violado na demanda cognitiva. Recurso de revista conhecido e provido.[16]

Destarte, por exclusão óbvia, em não havendo interferências ou repercussões da questão levantada na temática laboral das relações de emprego, não há que se co-

14 - LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho, 10ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1365.

15 - MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 603.

16 - TST-RR-1764/2002-026-03-40.3, 1ª Turma, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT 04.02.2010. (Grifou-se).

gitar em legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.

3. CONTORNOS JURÍDICOS DAS LIDES ENVOLVENDO CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE PARCERIA E CONTRATOS DE GESTÃO NA SAÚDE

Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho com a finalidade de questionar a validade de Contratos de Gestão e Termos de Parceria com OS e OSCIP, respectivamente, o cerne da questão discutida é a existência ou não de terceirização ilícita (por suposta ofensa ao art. 37, II da Constituição) na "contratação indireta" de servidores públicos pela via dos citados modelos de ajuste. Via de regra, demandas como essas pedem a condenação das OS e OSCIP para que se abstenham de proceder a supostas intermediações de mão de obra e de realizar novas de parcerias com o Poder Público.

A discussão reside, portanto, na análise da constitucionalidade e legalidade da celebração de Termos de Parceria/Contratos de Gestão entre Poder Público e as OSCIP/OS para a prestação de serviços, que na visão do Ministério Público do Trabalho implicam suposta burla ao concurso público, e, portanto, terceirização ilícita de mão de obra.

Nesse prisma, insta trazer à lume algumas considerações acerca de referidos modelos de ajuste, criados por lei para instrumentalizar novos modelos de parceria na Administração Pública, com o objetivo de melhorar a gestão dos serviços públicos.

O modelo de gestão de serviços por Organizações Sociais foi criado na esfera federal pela Lei 9.637/98 durante o processo de reforma do aparelho do Estado, no fim do século passado, e adotado por meio de leis específicas em diversos entes da federação brasileira. Com variações em pontos específicos, o cerne das Organizações Sociais consiste em repassar a execução de serviços não privativos do Estado a entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas, nos termos da respectiva lei, como Organizações Sociais. Os critérios para qualificação, as áreas de atuação, o procedimento de escolha da entidade parceira variam conforme a legislação de cada ente federativo que adota o modelo.

Na esfera federal, uma definição de Organização Social pode ser encontrada no Caderno do MARE nº 2, sobre a Reforma do Estado:

> Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.
> As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercerá sobre elas um controle estratégico: demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das OS.

Importante constatar que, ao contrário do que possa parecer numa análise mais apressada, as Organizações Sociais não constituem um novo modelo organizacional para as entidades com personalidade jurídica de direito privado, a ser aposta ao lado das fundações e associações. Organização Social é um título, uma qualificação, concedida pelo Poder Público às entidades que, criadas por particulares para prestar determinado serviço "publicizável", firmem com aquele um vínculo negocial que reja a incipiente relação.

Paulo Modesto oferece, de dois pontos de vista diversos, uma definição para a expressão: (i) definição operacional: OS são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas por iniciativa privada segundo o modelo previsto em lei, e que desempenham atividades de relevância e interesse social; (ii) considerando o aspecto da parceria: OS são instituições do "terceiro setor" (pessoas privadas de fins públicos), auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo, que possuem um título específico conferido pelo Poder Público com a finalidade de estabelecer uma relação de confiança e parceria entre ambos.[17]

Marçal Justen Filho procede a uma tentativa de definição de organização social:

> Organização social é uma associação civil sem fim lucrativo ou fundação que, em virtude do preenchimento de certos requisitos legais, é submetida a um regime jurídico especial, que contempla benefícios especiais do Estado para execução de determinadas atividades de interesse coletivo.[18]

A qualificação de uma entidade como OS é fundamental para que o Poder Público, dentre um amplo universo de entidades, separe as que atendam aos requisitos fixados na legislação para dar-lhes tratamento diferenciado, notadamente no que se refere ao aspecto da parceria a ser firmada para o atingimento de finalidades de índole social.

O art. 5º da Lei federal nº 9.637/98, seguido em grande medida pela legislação dos demais entes federativos, define o Contrato de Gestão como o instrumento de ajuste celebrado entre o Poder Público e a organização social, formando parceria entre as partes para o fomento e a execução das atividades como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. O diploma federal traz, ainda, regras referentes ao conteúdo mínimo do termo a ser celebrado, normas sobre a execução e a fiscalização do contrato.

De nada serviria uma organização social não fosse o contrato de gestão celebrado com a Administração. O contrato de gestão é o consequente lógico e necessário da qualificação da entidade como OS, visto que sua pactuação é o principal – senão o único – motivo que faz a entidade se credenciar junto ao Poder Público. Nesse senso, pondera Egon Bockmann Moreira:

17 - MODESTO. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. Revista do Serviço Público, nº 48, maio de 1997.

18 - JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 204.

> […] a celebração do contrato de gestão torna-se uma consequência óbvia e quase que inarredável da qualificação de uma pessoa jurídica como Organização Social. [...] não haveria razão para tal qualificação discricionária se não fosse firmado o contrato de gestão – configuraria um atentado ao princípio da eficiência.[19]

O fim último da Administração com a celebração do ajuste ora mencionado é a flexibilização da gestão do serviço, repassando sua execução à Organização Social. O Contrato de Gestão, portanto, funciona neste diapasão como instrumento de ajuste entre a Administração Pública e a entidade do terceiro setor qualificada como organização social, prevendo deveres a ambas as partes: de um lado, estabelece a atividade a ser desempenhada pela OS, fixa metas de desempenho, critérios de avaliação e métodos de controle; de outro, informa qual a abrangência e quais os aspectos do serviço a ser concedido à OS pelo Poder Público contratante que está repassando a atividade – que poderá ir desde incentivos fiscais até o repasse de bens e servidores, conforme dicção legal.

Não é diverso o sentido encontrado em Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> O contrato de gestão foi ainda previsto expressamente na Lei nº 9.637, de 15-5-98, que dispôs sobre a qualificação de entidades como organizações sociais; ele será o instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública. Por meio dele, fixam-se as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos.[20]

Informa Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, após expedido o ato de reconhecimento (ato administrativo discricionário), as entidades qualificadas como organizações sociais ficam "habilitadas a se associarem ao Poder Público através de contratos de gestão, com vistas à formação de uma relação complexa de colaboração, voltada ao fomento e à execução de atividades de interesse público [...]".[21] E Paulo Modesto:

> As organizações sociais representam uma nova estratégia de estimular parcerias de entidades privadas sem fins lucrativos com o Poder Público em serviços sociais livres à ação privada. Não podem ser superestimadas nem subestimadas como respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado com elas não se despede da responsabilidade de assegurar e garantir os direitos sociais básicos. O Estado continuará regulador e promotor de serviços sociais, contando, porém, com mecanismos de parceria renovados, ampliando a sua capacidade de direta ou indiretamente assegurar a fruição dos direitos sociais fundamentais.[22]

---

19 - MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus 'Vínculos Contratuais' com o Estado. In CUÉLLAR, Leila; _____. Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 270.

20 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2009, p. 335-336.

21 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277.

22 - MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. Revista do Serviço Público, nº 48, maio de 1997.

É importante destacar, por fim, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, foi negativa a medida cautelar que buscava a suspensão dos efeitos da Lei federal 9.637/98. No mérito, os dois primeiros votos proferidos, pelos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux, reconheceram inconstitucionalidades parciais no texto da lei, em especial no que se refere à necessidade de transparência e competitividade na qualificação e contratação. Ressalte-se que as leis estaduais e municipais sobre o tema inovaram no tratamento de tais questões, não incidindo em qualquer inconstitucionalidade. Não por outro motivo, nenhuma lei de ente federativo parcial foi declarada inconstitucional em sede de controle concentrado.

É importante reconhecer que, enquanto a lei federal de OS traz a ideia, repelida por muitos, de transformar uma instituição "pública estatal" em instituição "pública não estatal", as leis estaduais e municipais preveem a celebração de parcerias com entidades privadas já existentes e aptas e gerir serviços ainda não prestados de modo satisfatório ao cidadão.

Seguindo o processo de reforma do Estado, um ano após a publicação da Lei das Organizações Sociais, foi aprovada a Lei nº 9.790/99, que criou mais uma modalidade de qualificação outorgada pelo poder público: a *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público* (OSCIP) e instituiu a possibilidade de celebração de outro novo instrumento de ajuste com o poder público, denominado Termo de Parceria.

Assim como na Lei das OS, a Lei das OSCIP prevê-se a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos que preencham os requisitos exigidos para que, a partir da qualificação, tais entidades possam celebrar com o Poder Público um ajuste, denominado Termo de Parceria, para execução de determinadas atividades previstas na própria lei.[23] Note-se que, nos termos da lei em referência, a atuação da OSCIP deve ocorrer mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins. A inspiração de ambos os diplomas, portanto, foi a mesma: o reconhecimento da importância da parceria entre o Estado e o Terceiro Setor na prestação de serviços de interesse público.

As normas acerca da qualificação da entidade como OSCIP estão dispostas nos artigos 1º a 8º da Lei nº 9.790/99. Cotejada com as disposições da lei das OS, a lei das OSCIP traz muito mais limitações para a entidade que pretender a titulação, prevendo-se um

23 - Assistência social; cultura; defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação complementar, saúde complementar; segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades antes mencionadas.

modelo de qualificação muito mais rígido.

A celebração do Termo de Parceria é tratada pelos artigos 9º e seguintes de referido diploma. A figura do Termo de Parceria assemelha-se sobremaneira àquela do Contrato de Gestão celebrado com as Organizações Sociais: trata-se de um instrumento de ajuste entre determinada esfera da Administração Pública e a entidade do terceiro setor qualificada como OSCIP, prevendo obrigações a ambas as partes. De um lado, o fomento do Poder Público e, de outro, a estipulação da prestação de determinados serviços pela entidade qualificada, com definição de metas de desempenho, estabelecimento de critérios de avaliação, controle dos resultados e métodos de fiscalização.

A qualificação de uma entidade como OSCIP, ao contrário do que ocorre com as OS, não é competência do órgão com o qual a entidade pretende celebrar ajuste. A competência para qualificação é do Ministério da Justiça. Nesse diapasão, muitos Estados e municípios não criaram leis próprias para normatizar a qualificação e o modelo de ajuste com as OSCIP, aproveitando a norma geral trazida pela Lei federal n. 9.790/99. Em síntese, cotejando as disposições da legislação federal sobre OS e OSCIP, é possível apontar as principais diferenças e semelhanças entre o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria:

LEI 9637-98 (OS)	**LEI 9637-98 (OS)**
CONTRATO DE GESTÃO	**TERMO DE PARCERIA**
Obedecer ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade (art. 7º.).	Cláusula expressa do Estatuto da OSCIP: a) adotar práticas de gestão administrativa que visem coibir a obtenção de benefícios ou vantagens pessoais (art. 4º., II); b) possuir um Conselho Fiscal (art. 4º., III); c) obedecendo aos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade (art. 4º., VII, a); d) publicidade do relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão (art. 4º., VII, b); e) realizar auditoria, inclusive externa se for o caso (art. 4º., VII, c); f) prestar contas ao TCU (art. 4º., VII, d).

LEI 9637-98 (OS)	LEI 9637-98 (OS)
CONTRATO DE GESTÃO	**TERMO DE PARCERIA**
Cláusula expressa do Contrato de Gestão: deve estipular metas a serem atingidas e prazos de execução, além de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho e indicadores de qualidade e produtividade (art. 7º., I).	Cláusula expressa do Termo de Parceria: a) determinar metas e critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado (art. 10º., § 2o, II e III); b) Publicação em imprensa oficial, conforme o alcance das atividades celebradas, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira (art. 10º., § 2o, VI).
Fiscalização por órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º.).	Fiscalização por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo (art. 11).
OS apresentará à entidade supervisora, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (art. 8º., § 1o).	Cláusula expressa do Termo de Parceria: apresentar relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados (art. 10º., § 2o, V).

LEI 9637-98 (OS)	LEI 9637-98 (OS)
CONTRATO DE GESTÃO	**TERMO DE PARCERIA**
Resultados atingidos da execução do contrato deverão ser analisados por comissão de avaliação pela entidade supervisora (art. 8º., § 2o)	Resultados atingidos da execução do contrato deverão ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP (art. 11, § 1o).
Comissão encaminhará parecer à entidade supervisora (art. 8º., § 3o)	Comissão encaminhará parecer à autoridade competente (art. 11, § 2o).
Responsáveis pela fiscalização da execução do contrato deverão dar ciência ao TCU de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens, sob pena de responsabilidade solidária (art. 9º).	Responsáveis pela fiscalização da execução do contrato deverão dar ciência ao TC respectivo e ao MP, de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens, sob pena de responsabilidade solidária (art. 12).
Se os fatos forem graves e de relevante interesse público, deverão também representar ao MP, a AGU ou a Procuradoria da entidade fiscalizadora para que requeira ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio (art. 10º).	Havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, deverão também representar ao MP e a AGU para que requeiram ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio, além de medidas na Lei 8429-90 e LC 64 de 1990 (art. 13).

LEI 9637-98 (OS)	LEI 9637-98 (OS)
CONTRATO DE GESTÃO	**TERMO DE PARCERIA**
Pedido poderá incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (art. 10º., § 2o).	Pedido poderá incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (art. 13., § 2o).
Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade (art. 10º., § 3º).	Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade (art. 13., § 3º).
Procedimento administrativo com direito a ampla defesa para desqualificação como Organização Social, revertendo os bens e valores entregues à entidade, cabendo outras sanções (art. 16).	Procedimento administrativo com direito a ampla defesa e contraditório para desqualificação como Organização Social, passando os bens e valores entregues a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta lei, preferencialmente com o mesmo objeto social (art. 7º c/c art. 4º., V)
OS deverá publicar, até 90 dias após firmar contrato de gestão, regulamento próprio e procedimento para contratação de obras e serviços e emprego dos recursos públicos (art. 17).	OSCIP deverá publicar, até 30 dias após firmar contrato de gestão, regulamento próprio e procedimento para contratação de obras e serviços e emprego dos recursos públicos (art. 14).
Não há previsão semelhante.	Termos de parceria sujeitos aos mecanismos de controle social previstos em lei (art. 11, § 3o).

Do exposto, é possível concluir que a legislação das OS e das OSCIP traz novos modelos de ajuste para a celebração de parcerias para execução de serviços de interesse comum entre o Poder Público e a entidade parceira.

Voltando ao tema central do presente trabalho, pode-se notar que, a discussão travada nas demandas ajuizadas pelo na Justiça do Trabalho parece extravasar, em muito, o estreito âmbito laboral que lhe pretende corriqueiramente dar o parquet laboral. Envolve, como não se pode deixar de reconhecer:

(i) a constitucionalidade in abstrato da Lei federal 9.790/99;
(ii) a constitucionalidade in abstrato da Lei federal 9.637/98;
(iii) a constitucionalidade in abstrato da Lei federal 8.080/90 (no caso da saúde);
(iv) a autonomia federativa;
(v) a auto-organização administrativa;
(vi) a gestão dos serviços públicos;
(vii) a discricionariedade administrativa;
(viii) o direito fundamental à saúde;
(ix) a livre iniciativa de entes privados sem fins lucrativos;
(x) as parcerias na administração pública;
(xi) a liberdade de exercício profissional.

Tal discussão não pode ser travada no âmbito da Ação Civil Pública intentada perante a Justiça Trabalhista que intentam a declaração de nulidade e o impedimento de celebração de Termos de Parceria e de Contratos de Gestão envolvem a discussão acerca da constitucionalidade dos respectivos diplomas.

4. A INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Diante dos balizamentos reproduzidos acima, evidencia-se a absoluta incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento das Ações Civis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho que envolvam a discussão acerca da utilização de Termos de Parceria e de Contratos de Gestão como mecanismo de ajuste voltado à burlar o princípio do concurso público e à configurar terceirização ilícita de mão-de-obra.

Entender de forma diversa implica, invariavelmente, ofender direta e literalmente o disposto no art. 114, I da Constituição Federal, que dispõe, *verbis*:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
> [...]
> I- as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

É bem verdade que, como cediço, a Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho para inscrever na seara dessa especializada

não apenas as relações de emprego (art. 3º, CLT), mas sim, de forma ampla, toda e qualquer relação de trabalho – até pela exegese do art. 114, IX da Constituição ("outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei").

Todavia, a despeito de tal ampliação, a hipótese sobre a qual se debruça traduz causa de natureza de direito administrativo e constitucional: nas ações ora tratadas a relação de trabalho entre as entidades do terceiro setor qualificadas como OS e OSCIP e seus empregados não está em discussão, senão apenas de modo indireto, reflexo e abstrato.

Nesse diapasão, não se aplica ao caso presente o pensamento de Raimundo Simão de Melo, para quem:

> Desse modo, salvo a apreciação de causas que sejam instruradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo [...], todos os demais conflitos coletivos de trabalho são da competência da Justiça do Trabalho.
> É o caso dos entes públicos que contratam sem concurso público e são acionados pelo Ministério Público do Trabalho na Justiça trabalhista, pois uma relação irregular, com desrespeito aos comandos constitucionais no art. 37 e inciso II da Constituição Federal não pode ser considerada de natureza administrativa, pelo que a sua solução está incluída na competência geral atribuída à Justiça do Trabalho para apreciar as questões de trabalho.[24]

Com o máximo respeito, não se pode admitir que a Justiça do Trabalho detenha competência para analisar Contratos de Gestão e Termos de Parceria simplesmente pelo fato de que tais ajustes supostamente importariam burla ao concurso público: nada há de "trabalhista" numa discussão como essa, na medida em que os direitos dos empregados da OS e da OSCIP que trabalham na execução dos serviços e projetos não são discutidos.

Sobre o tema refletiu Marcos Neves Fava:

> A inexistência de concurso para a contratação de servidor ou empregado público, de vocação constitucional (art. 37), gera, inequivocamente, violação a interesses não individuais. A matéria não se aproxima, no entanto, da competência material da Justiça do Trabalho, embora o tema seja contrato de trabalho – considerando-se a hipótese do empregado público "celetista". Com efeito, o fundamento da pretensão deduzida em juízo não seria a aplicação de normas de direito do trabalho, mas a correção de desvio de autoridade perpetrado pelo administrador que, obrigado a isto, não realizou o necessário concurso público. [...] A competência desborda para a justiça comum [...]". [25]

Competência da Justiça Obreira haverá em eventuais Reclamatórias ajuizadas pelos empregados das OSCIP e OS, ou mesmo pelo Ministério Público do Trabalho, em que se discuta o pagamento de verbas rescisórias, o reconhecimento de vínculo empregatício, etc.

24 - MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 244.
25 - FAVA, Marcos Neves. Ação Civil Pública Trabalhista. São Paulo: LTr, 2008, p. 111.

No entanto, tais demandas em nada se confundem com as Ações Civis Públicas que vêm sendo ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, nas quais inexistem comprovações quaisquer de violação aos direitos trabalhistas dos empregados das entidades, atacando-se, isso sim, um modelo de gestão de serviços de interesse público, discussão que não envolve matéria afeita às relações laborais. Nelas, o Ministério Público questiona a própria validade da celebração de Termos de Parceria entre OSCIP's e o Poder Público, prevista pela Lei federal n. 9.790/99, e de Contratos de Gestão com OS's, previstos na Lei federal n. 9.637/98. As relações de trabalho subjacentes entre OSCIP ou OS e seus empregados, na maioria das vezes, sequer compõem a discussão levada ao Poder Judiciário pelo Ministério Público do Trabalho.

Nessa perspectiva, é evidente que a análise de Contratos de Gestão e de Termos de Parceria – e sua viabilidade para prestação de serviços de interesse comum – não é competência da Justiça do Trabalho, mas da Justiça Comum Estadual de cada município/Estado que haja firmado o vínculo (ou da Justiça Federal, nos casos de ajustes com a União).

Por certo, casos que tais não se reportam a matéria de competência da especializada laboral. Sobre o tema, mister trazer à colação o entendimento emanado do E. Supremo Tribunal Federal que, ao decidir a ADI n. 3395, manifestou-se categoricamente:

> INCONSTITUCIONALIDADE.
> Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.

Note-se que referida ADI amolda-se perfeitamente ao caso discutido no presente artigo. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de clareza solar, conforme se depreende da seguinte decisão, exarada na sede extrema da Reclamação. Eis o que decidiu o STF no Agravo Regimental à Reclamação n. 10.863, de que se colaciona o seguinte excerto:

> O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)
> Eu tenho votado pela competência da Justiça comum, levando em conta que, de ordinário, nesses casos, quase que invariável, há um regime jurídico administrativo presidindo a relação de [trabalho]. [...]
> **Quando o servidor é amparado, senão estatutariamente, pelo menos singelamente, por um contrato de Direito Administrativo, temos entendido que a competência é da Justiça comum.** (Grifou-se).

O mesmo entendimento emana da Reclamação n. 4701, em que a Relatora, Min. Carmen Lúcia, expôs:

No caso vertente, a pretensão deduzida na Ação Civil Pública n. 01438.2003.015.02.00.4 (antiga ação n. 875/2002-8) é o imediato afastamento de servidores admitidos, sem concurso público, para prestarem serviços de apoio escolar às unidades que compõem a rede pública de ensino paulista. Argumenta-se, para tanto, que as contratações desses servidores teria se dado de forma fraudulenta, por meio de cooperativas, empresas de terceirização de mão-de-obra e associações de pais e mestres, o que ofenderia o art. 37, inc. I e II, da Constituição da República. [...]

De acordo com a orientação firmada por este Supremo Tribunal Federal nas decisões acima apontadas, dúvidas não remanescem que as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado de São Paulo, sua Fundação para o Desenvolvimento da Educação, as Associações de Pais de Mestres paulistas e os servidores contratados para realizarem os serviços na área de educação - seja por meio de terceirização ou, diretamente, por contratação por tempo determinado - estão submetidos ao regime jurídico estatutário ou jurídico-administrativo, o que afasta a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a causa. [...]

Em casos análogos à espécie, nos quais se discutiu a competência da Justiça Trabalhista para processamento e julgamento de causas em que o objeto versava sobre a contratação de cooperativas de intermediação de mão-de-obra por entes públicos, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado a competência da Justiça Comum. (Grifou-se).

Não foi diversa a conclusão a que chegou o Min. Cezar Peluso:

A reclamação é procedente. (...)

Neste caso, o juízo deixou de reconhecer sua incompetência para decidir a ação civil pública e o pedido de suspensão de tutela antecipada (Processos nºs 00662-2005-011-01-00-0 e 2499-2005-000-01-00-7), não obstante tenha o Ministério Público do Trabalho, na petição inicial, reconhecido, de maneira expressa que: a) a ação civil questiona a legalidade de contratos e convênios firmados pelo Estado do Rio de Janeiro com pessoas jurídicas e físicas, para prestação de diversos serviços, o que estaria a acobertar contratação de mão-de-obra ao arrepio da exigência de provimento de cargos por concurso público, prevista na legislação estadual e b) sua pretensão é obrigar o reclamante a utilizar-se de servidores egressos de concursos públicos, já realizados ou por realizar, vinculados pelo regime estatutário ao Estado do Rio de Janeiro, bem como a extinguir as relações firmadas entre o ente público e pessoas jurídicas para a irregular tomada de mão-de-obra, a Justiça do Trabalho não seria competente para o julgamento da causa. (...)[26]

26 - RCL 4.068/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJE 10.9.2009. Há diversos outros precedentes do STF no mesmo senso: Rcl 8.481, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 4.8.2009; Rcl 8.501, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 3.8.2009; Rcl 8.514, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 3.8.2009; Rcl 4.912, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 15.10.2008; Rcl 4.974, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.2.2009; Rcl 6.994, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 9.2.2009; Rcl 4.371, Rel. Min. Carlos Brito, DJe 30.1.2009; Rcl 6.159, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 19.11.2008; Rcl 5.255 Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18.11.2008; Rcl 5.793, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18.11.2008; Rcl 6.229, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18.11.2008; Rcl 4.824, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 18.11.2008; Rcl 6.018, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 18.11.2008; Rcl 5.184, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 5.11.2008; Rcl 5.297, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 29.10.2008; Rcl 6.410, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.10.2008; Rcl 4.940, Rel. Min. Eros Grau, DJe 19.9.2008; Rcl 6.002, Rel. Min. Eros Grau, DJe 17.9.2008; Rcl 4.940, Rel. Min. Eros Grau, DJe 19.9.2008; Rcl 6.536, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 15.9.2008; Rcl 6.424, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 9.9.2008; Rcl 5.235, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 3.9.2008; Rcl 6.321, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.8.2008.

Ademais, também o E. Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a incompetência da Justiça do Trabalho para analisar caso envolvendo a suposta interposição de mão de obra por pessoa jurídica contratada pelo Poder Público:

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO ESTADUAL E JUÍZO TRABALHISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. DESCONSTITUIÇÃO DE CONTRATOS IRREGULARES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO. NATUREZA JURÍDICA EMINENTEMENTE CIVIL. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. No caso dos autos, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo e o Ministério Público Federal ajuizaram contra o Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP, ação civil pública que visa a desconstituição de contratos de prestação de serviços médicos firmados entre cooperativas e o Poder Público.
> 2. A Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Carta Magna, aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral, passando a estabelecer, no inciso I do retrocitado dispositivo, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar "as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".
> 3. Entretanto, na hipótese dos autos, não há falar em competência da Justiça do Trabalho para processar a referida ação civil pública, em razão da natureza eminentemente civil da lide. A demanda em questão possui natureza unicamente civil, conforme pode ser observado da simples leitura do pedido principal da ação, que requer a "condenação em obrigação de "não fazer", consubstanciada na não celebração de novos contratos de prestação de serviços ou prorrogação dos já celebrados por intermédio de cooperativas médicas, empresas ou quaisquer outras formas de 'terceirização' de serviços médicos no âmbito da Administração Pública Estadual, em desacordo com a Constituição Federal e a Lei nº 8.080/90 (....), além da obrigação de 'fazer', consistente na adequada disponibilização da cobertura assistencial à população, valendo-se dos meios e condições necessários, dentro da regra de discricionariedade, com obediência aos princípios relativos à administração pública (...), sem prejuízo do regresso e responsabilização pela improbidade administrativa face aqueles que por qualquer ação/omissão tenham dado oportunidade de lesão ao erário" (fl .15).
> 4. Portanto, é manifesta a conclusão que a relação jurídica existente entre os autores e os réus não pode ser considerada como de índole trabalhista, mas de natureza jurídica eminentemente civil. Tal consideração não é alterada pela eventual procedência da ação civil pública e, consequentemente, pela possibilidade de rescisões de relações trabalhistas em decorrência da desconstituição dos contratos tidos como irregulares.
> 5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado - Juízo de Direito da Vara da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Vitória/ES, para processar e julgar a ação.[27]

Corolário de tudo que vem sendo exposto, também nas Ações Civis Públicas por Ato de Improbidade Administrativa envolvendo a celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão, a incompetência absoluta material da justiça trabalhista é estampada. Sobre o tema, já decidiu o próprio Tribunal Superior do Trabalho:

27 - STJ. CC 72645 / ES. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). DJe 05/10/2010. (Grifou-se).

COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. PREFEITO. RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR. IRREGULARIDADE. CONCURSO PÚBLICO. PRÉVIA SUBMISSÃO. AUSÊNCIA.
Centra-se a controvérsia na competência material da Justiça do Trabalho para julgar demanda, ação civil pública, em que o Ministério Público do Trabalho, invocando o princípio da responsabilidade objetiva do estado, pugna pela condenação de prefeito ao pagamento de indenização, por "dano coletivo ou genérico", decorrente de contratação de irregular de servidor, à míngua de prévia submissão em concurso público.
Todavia, a Justiça do Trabalho não detém competência para compor demanda tendente à responsabilização de agente público, prefeito, por dano moral coletivo. A hipótese prevista no artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, diz respeito a ações movidas em face da Administração Pública direta, indireta, na qualidade de pessoa jurídica. Daí por que não se encontra acobertada pelo aludido dispositivo o ajuizamento de ações tendentes à responsabilização de agente público, prefeito, pessoa física, ainda que fundada na contratação irregular de servidor, à míngua de prévia submissão a concurso público. A relação de direito travada entre o Estado e seus agentes políticos é de natureza jurídico administrativa, circunstância que afasta da Justiça do Trabalho do Trabalho a competência para equacionar demandas dotadas de tal índole. Irrelevante o fato de a pretensão materializada nos presentes autos, segundo o Ministério Público, dizer respeito à desconsideração da pessoa jurídica do ente público (desconsideração da personalidade) para que o preposto, prefeito municipal, responda de forma solidária, por "dano genérico ou coletivo", evento danoso para o qual o agente público teria concorrido para sua geração. Fato é que a responsabilidade do agente público, que se pretende nos presentes autos, tem por fato gerador relação de natureza jurídico administrativa. Em hipótese que tal, não há previsão para desconsideração da personalidade jurídica do Estado para responsabilizar seus agentes, quer de forma subsidiária quer solidária, como se pretende nos presentes autos. A matéria, sob esse prisma, reveste-se de caráter eminentemente interpretativo e os arestos trazidos à colação não se revelam específicos. Violação ao artigo 114, inciso I, da Constituição Federal não configurada. Precedentes.[28]

Resta, portanto, plenamente evidenciada, por retumbante entendimento jurisprudencial, a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para desvelar lides em que se discuta a validade de Termos de Parceria e de Contratos de Gestão, ainda que sob o (inverídico) argumento de constituem forma de terceirização ilícita de mão-de-obra e afronta ao princípio do concurso público. Considerando a natureza estritamente de Direito Constitucional e Administrativo de tais demandas, é da Justiça Comum/Federal a competência material para analisar Ações Civis Públicas como as que têm sido recorrentemente ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho.

5. CONCLUSÃO

Em que pese a orientação acima colacionada, arrimada em entendimento sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ainda há ações em trâmite na Justiça do Trabalho (inclusive julgadas procedentes!) com o fito de anular Termos de Parceria e Contratos de Gestão, e novas demandas

28 - TST - RR - 51200-81.2008.5.16.0006, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT 30/08/2012. (Grifou-se).

são ajuizadas quase que diariamente pelo d. Ministério Público do Trabalho com tal aspiração.

Se de um lado, parece incorreto o argumento ministerial de que os ajustes entre OS e OSCIPS e Poder Público implica terceirização ilícita de mão-de-obra e burla à exigência constitucional de concurso público, certo é que tal discussão não deve ser travada no âmbito obreiro, posto que envolve discussões qualitativamente muitos diversas.

Daí porque, à guisa de conclusão, espera-se que os Tribunais pátrios – sobretudo na seara laboral – trilhem o caminho que já vem sendo corretamente ladrilhado pela Corte Suprema brasileira, decretando de uma vez por todas a competência (exclusiva) da Justiça Comum para julgar causas envolvendo a celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão entre Poder Público, Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. *Sistema da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 72645 / ES. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). DJe 05/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 416463 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 21-06-2012 PUBLIC 22-06-2012 RSTP v. 24, n. 278, 2012, p. 136-140.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 206220, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/03/1999, DJ 17-09-1999 PP-00058 EMENT VOL-01963-03 PP-00439.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4068 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 09/02/2006, publicado em DJ 17/02/2006 PP-00075

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4701, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 02/08/2010, publicado em DJe-144 DIVULG 04/08/2010 PUBLIC 05/08/2010STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 10863 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2012 PUBLIC 09-02-2012

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. RO 427001820085070025 CE 0042700-1820085070025; Publicação: 23/10/2009 DEJT.

BRASIL. Recurso Ordinário 29862-2011-005-09-00-8. TRT 9ª Região. Rel. Des. Ana Carolina Zaina. Julgado em 09/10/2012.

BRASIL. Recurso Ordinário 01151-2008-016-16-00-9-REXOFRVS. TRT 16ª REGIÃO. Des(a). Relator(a): Luiz Cosmo da Silva Júnior. Data de julgamento: 06/09/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-5021/2002-900-04-00, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJU 29/02/08).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-1764/2002-026-03-40.3, 1ª Turma, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT 04.02.2010

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-5021/2002-900-04-00, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJU 29/02/08.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST - RR - 51200-81.2008.5.16.0006, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT 30/08/2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 10ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, nº 214, out./nov./dez 1998. P. 55-68.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*, nº 48, maio de 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus 'Vínculos Contratuais' com o Estado. In: CUÉLLAR, Leila; _____. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

O TERMO INICIAL DE FRUIÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL A CARGO DO EMPREGADOR (COTA PREVIDENCIÁRIA PATRONAL) ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE FINS NÃO ECONÔMICOS QUALIFICADAS COMO ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

MAÇAZUMI FURTADO NIWA
Pós-graduado em Direito Tributário pela FGV. Diretor Jurídico da Confederação das Santas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas do Brasil. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Um breve relato da assistência social no Brasil. 3. O histórico da isenção da contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciária patronal) das entidades beneficentes de assistência social. 4. A Lei nº 12.101/2009: concessão e renovação do certificado de entidade beneficente de assistência social e os efeitos jurídicos decorrentes. 5. As diferentes decisões judiciais sobre o termo inicial da fruição da imunidade da contribuição a cargo do empregador (cota previdenciária patro-

nal). 6. A imunidade do artigo 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988, e seus reflexos conceituais no âmbito tributário. 7. Da solução jurídica ao termo inicial da fruição da imunidade da contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciária patronal). 7.1 As hipóteses jurisprudenciais que fixam o termo inicial da fruição e de renovação da certificação ou ao(s) exercício(s) anterior(es) limitado(s) aos documentos apresentados no momento do ato de protocolo. 7.2 A hipótese jurisprudencial que fixa o termo inicial da fruição à data de aquisição da personalidade jurídica. 8. Conclusão.

RESUMO: Os posicionamentos jurisprudenciais divergem sobre o termo inicial da fruição da imunidade da cota previdenciária patronal, fato que contribui à insegurança jurídica e à consequente instabilidade das relações tributárias às entidades beneficentes de assistência social. Este artigo objetiva propor a análise jurídica dos efeitos retroativos da concessão e da renovação da certificação às entidades beneficente de assistência social e suas consequências tributárias.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 12.101/2009. Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social. Ato Declaratório. Efeitos *Ex Tunc*. Imunidade Tributária da Contribuição Social da Cota Patronal.

1. INTRODUÇÃO

A incapacidade do Estado de prover ou de executar diretamente os atendimentos das inúmeras demandas assistenciais, quer pela falta de políticas públicas abrangentes, quer pela inexistência de recursos financeiros suficientes, reservou às pessoas jurídicas de fins não econômicos relevante papel na execução de serviços aos cidadãos ao longo da história brasileira.

E o Estado, por sua vez, em decorrência da importância dos serviços prestados, concedeu, a partir de 1959, a faculdade às pessoas jurídicas de fins não econômicos o exercício da "isenção" da atual contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciária patronal), desde que atendidos determinados requisitos dispostos no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar da lenta evolução legislativa e das deficiências técnico-jurídicas, atualmente a Lei nº 12.101/2009, o Decreto nº 7.237/2010, e as Portarias GM/MS nº 1970/2011 e MDS nº 353/2011, disciplinam a certificação e a "isenção" da contribuição social (cota previdenciária patronal) às pessoas jurídicas de fins não econômicos.

A doutrina e a jurisprudência convergem pacificamente sobre o entendimento de que a certificação é um ato declaratório, que pressupõe situação materialmente já constituída, e a decorrência ínsita desta é a geração de efeitos ex tunc.

Todavia, os posicionamentos jurisprudenciais divergem sobre o termo inicial

da fruição da "isenção" da cota previdenciária patronal, fato que contribui à insegurança jurídica e à consequente instabilidade das relações tributárias às entidades beneficentes de assistência social.

Portanto, o tema sob análise jurídica e de proposição resolutiva, refere-se à aplicação retroativa adequada ao termo inicial de fruição da "isenção" da cota previdenciária patronal, especialmente nas hipóteses de concessão e de renovação serôdia da certificação.

2. UM BREVE RELATO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

No Brasil-Colônia, ainda no Século XVI, as primeiras instituições assistenciais foram as Santas Casas de Misericórdia, implantadas na nova terra sob a insígnia Real Portuguesa, cuja origem se deve a Rainha Leonor de Lencastre, patronesse augusta da primeira Irmandade da Confraria da Nossa Senhora da Misericórdia.

Os registros históricos comprovam que a primeira Santa Casa em território brasileiro foi fundada em 1534, na atual cidade de Olinda, estado de Pernambuco. A inserção das Santas Casas no território brasileiro era ato de manifesta importância e constantemente relatada à Corte, como no trecho da carta datada de 1584, da lavra de Pe. Anchieta, fundador da cidade de São Paulo em 1554 e fundador da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, cujo trecho se destaca[1]:

> "Em todas as Capitanias há Casas de Misericórdia, que servem de hospitais edificados e sustentados pelos moradores da terra, com muita devoção, em que se dão esmolas e se casam muitas órfãs, curam enfermos de toda a sorte e fazem obras pias, conforme o seu instituto e as possibilidades de cada uma e manda o regimento delas nos principais da terra."

Até 1824, as Santas Casas e outras instituições de iniciativas sociais e religiosas promoveram a criação de inúmeras casas de assistência para órfãos, abandonados e outros necessitados. Dentre as várias instituições, ganharam maior visibilidade as de internação e de isolamento social, como os asilos, os hospitais de insanos ou de doentes crônicos, orfanatos e educandários. Os recursos para este atendimento deveriam ser providos pelas Câmaras Municipais ou Assembleias Provinciais.[2]

Entretanto, esses recursos não foram suficientes para atender às demandas assistenciais da época, fato que não é diferente dos dias atuais. Essas instituições contribuíram ao longo da história e ainda contribuem com grande parte da assistência prestada à população brasileira, especialmente nas áreas da saúde, educação e da assistência social (*stricto sensu*).

De outro lado, o Estado somente iniciou a organizar e executar de forma

1 - PEREIRA, Ivo Arzua. A Enciclopédia das Misericórdias. 3ª Ed. Curitiba: Revista de Engenharia Técnica do Paraná, p. 14.

2 - GUARÁ, Isa Maria F. Rosa. Assistência Social e Proteção Social: Uma nova História. Disponível em: <htpp://ebah.com.br/.../assistencia-social-protecao-social> Acesso em 12 jul. 2012

direta a assistência aos cidadãos, ainda que precária e parcialmente, com o advento da Constituição Imperial de 1824, que garantiu aos cidadãos os "socorros públicos", na forma do artigo 179, XXXI.

E, paulatinamente, o Estado inseriu normas que passaram a regulamentar o conceito atual das ações de saúde, previdência e assistência Social, dentre as quais se destacam[3]:

I - 1888, Decreto nº 9.912, de 26 de março, que regulamentou o direito à aposentadoria dos empregados dos correios e em novembro e foi criada a Caixa de Socorros das Estradas de Ferro do Império.
II - 1891, artigo 75, da Constituição Republicana estabeleceu: "a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação";
III - 1892, foi criada a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte aos operários do Arsenal da Marinha.
IV - 1919, Decreto Legislativo nº 3.724, criou uma espécie de seguro de acidente de trabalho, de forma compulsória, para algumas classes profissionais.
V - 1923, Decreto Legislativo nº 4.682 (Lei Elói Chaves), apesar das críticas, foi elevada ao status de marco legislativo da criação da previdência social brasileira.
VI - 1926, Lei nº 5.109, ampliou a "Lei Elói Chaves" às categorias profissionais dos portuários e dos marítimos.
VII - 1928, a Lei nº 5.485 estendeu a "Lei Elói Chaves" aos trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos.
VIII - 1930, Decreto nº 19.433, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com atribuições relacionadas às Caixas de Aposentadorias e Pensões.
IX - 1933, Decreto nº 22.872, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, considerada a primeira instituição brasileira de previdência social de âmbito nacional, com base na atividade genérica da empresa.
X - 1934, a Constituição Federal estabeleceu pela primeira vez o custeio compartilhado entre Estado, empregadores e empregados, de acordo com o artigo 121, § 1º, "h" (5).
XI - 1937, a Constituição Federal instituiu os seguros de invalidez, velhice e de vida para os casos de acidente de trabalho, na forma do artigo 137, alínea "m".
XII - 1938, o Decreto-Lei n° 288, criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado e o Decreto-Lei n° 651, de 26 de agosto, criou o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas, mediante a transformação da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns.
XIII - 1939, O Decreto-Lei n° 1.142, de 9 de março, albergou os condutores de veículos ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas; o Decreto-Lei n° 1.355, de 19 de junho, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Operários Estivadores e o Decreto-Lei n° 1.469, de 1° de agosto, criou o Serviço Central de Alimentação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários.
XIV - 1940, o Decreto-Lei n° 2.122, de 9 de abril, estabeleceu aos comerciantes regime misto de filiação ao sistema previdenciário.
XV – 1946, a Constituição Federal não acrescentou inovações à ordem Previdenciária e no início daquele ano o Decreto-Lei 8.742, de 19 de janeiro, criou o Departamento Nacional

3 - HOMCI, Arthur Laércio. A Evolução Histórica da Previdência Social no Brasil. Revista Eletrônica Jus Navegandi. Disponível em: htpp://jus.com.br/.../a-evolucao-historica-da-previdencia-social-no-brasil>. Acesso em 12 jul. 2012.

de Previdência Social.
XVI - 1960, a Lei n° 3.807, Lei Orgânica da Previdência Social uniformizou pela primeira vez as normas infraconstitucionais existentes e cria os auxílios natalidade, funeral, reclusão e aposentadoria especial. A Previdência Social já beneficiava todos os trabalhadores urbanos, menos os domésticos e os trabalhadores rurais.
XVII - 1963, a Lei n°. 4.214, instituiu o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), estendeu alguns benefícios conquistados pelos trabalhadores urbanos aos rurícolas brasileiros.
XVIII - 1966, alterou os dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social e cria o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, que reuniu os seis institutos previdenciários até então em vigor.
XIX - 1967, a Constituição Federal inovou ao estabelecer diversos direitos sociais aos trabalhadores, com reflexos diretos na Previdência Social, bem como inovou ao acrescentar o seguro desemprego, na forma estabelecida no artigo 158.
XX - 1969, Emenda Constitucional n° 01 de 1969, incluiu o salário família previsto em norma infraconstitucional, pela primeira vez na Carta Magna.
XXI – 1969, o Decreto-Lei n° 564, de 1° de maio, estendeu a Previdência Social ao trabalhador rural, especialmente aos empregados do setor agrário da agroindústria canavieira, mediante um plano básico.
XXII – 1970, a Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro, criou o Programa de Integração Social-PIS. E a Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro, instituiu o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP.
XXIII – 1971, a Lei Complementar n° 11, de 25 de maio, instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural - PRÓ-RURAL, em substituição ao plano básico de Previdência Social Rural.
XXIV – 1972, a Lei n° 5.859, de 11 de dezembro, incluiu os empregados domésticos na Previdência Social.
XXV – 1974, a Lei n° 6.036, de 1° de maio, criou o Ministério da Previdência e Assistência Social, desmembrado do Ministério do Trabalho e Previdência Social.
XXVI – 1974, a Lei n° 6.125, de 4 de novembro, autorizou o Poder Executivo a constituir a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV).
XXVII – 1976, o Decreto n° 77.077, de 24 de janeiro, expediu a Consolidação das Leis da Previdência Social.
XXVIII – 1977, a Lei n° 6.439, de 1° de setembro, instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, orientado, coordenado e controlado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, responsável "pela proposição da política de previdência e assistência médica, farmacêutica e social, bem como pela supervisão dos órgãos que lhe são subordinados" e das entidades a ele vinculadas.
XXIX – 1984, Decreto n° 89.312, de 23 de janeiro, aprovou nova Consolidação das Leis da Previdência Social.

A Constituição Federal de 1988 - apesar da crítica doutrinária que entende que a base constitucional foi excessivamente estendida -, inovou ao unificar sob o mesmo conceito de "seguridade social", as ações de saúde, assistência e previdência Social, insculpidas nos artigos 194 a 204.

As atuais bases da seguridade social estão estabelecidas pela Lei Ordinária nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de

Custeio, e dá outras providências e pela Lei Ordinária nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, além de inúmeros dispositivos infralegais, com destaque para o Decreto nº 3.048/99.

3. O HISTÓRICO DA "ISENÇÃO" DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL A CARGO DO EMPREGADOR (COTA PREVIDENCIÁRIA PATRONAL) DAS ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Apesar do atual estágio da seguridade social é notório que o Estado não detém capacidade para suprir as necessidades assistenciais de todos os seus cidadãos, seja em razão das políticas públicas estabelecidas, seja pela limitação financeira.

É de se ponderar, pois, o período histórico já retratado em que as ações de saúde, previdência e assistência social eram desarticuladas e de menor abrangência e eficácia. Acrescente-se o fato que na metade do século passado as doações e os legados destinados às pessoas jurídicas de fins não econômicos - que prestavam relevantes serviços públicos assistenciais *(lato sensu)* - pouco a pouco se tornaram escassos, intermitentes e de menor monta. E as obrigações financeiras e legais destas, apesar de não objetivarem lucro, impuseram-se na medida em que geravam muitos postos de trabalho.

Como contrapartida pelos serviços assistenciais prestados e em reconhecimento tácito de sua impossibilidade de atender às demandas assistenciais de seus cidadãos, o Estado concedeu às pessoas jurídicas de fins não econômicos[4] a faculdade destas se tornarem "isentas" do encargo patronal à previdência social, desde que atendidos determinados requisitos previstos na ordem legal.

Assim, a Lei nº 3.577, de 4 de julho de 1959, isentava da "taxa" de contribuição de previdência aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões às entidades de fins filantrópicos, reconhecidas de utilidade pública (Lei 91, de 28 de agosto de 1935), cujos membros de suas diretorias não percebessem remuneração.

Em 1º de setembro de 1977 passa a ter vigência o Decreto-Lei nº 1.572, que revogou a Lei nº 3.577, de 1959, mantendo o direito da entidade filantrópica reconhecida pela Lei revogada, desde que portadora de certificado de entidade de fins filantrópicos com validade por prazo indeterminado e já isenta de contribuição.

As pessoas jurídicas de fins não econômicos, constituídas a partir deste Decreto-Lei, por falta de previsão legal, arcaram integralmente com a contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciária patronal).

4 - As pessoas jurídicas de fins não econômicos se constituem sob duas formas no ordenamento jurídico brasileiro: associações e fundações. Código Civil de 1916 (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, arts. 20 a 30) e Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002, arts. 53 a 69).

Com o advento da Constituição Federal Cidadã de 1988, o artigo 195, § 7º, trouxe não a isenção, mas a imunidade[5] da contribuição social da cota do empregador à Previdência Social (cota previdenciária patronal) às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, nos seguintes termos:

> "**Art. 195** - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> (...)
> **§ 7º** - São isentas de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei."

Essas exigências foram regulamentadas pela Lei nº 8.212/91, que em seu texto original estabelecia no artigo 55:

> "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:
> I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;
> **II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos;**
> III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes;
> IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;
> V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades.
> § 1º Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.
> § 2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção." **(g.n)**

A Lei nº 8.212/91 estipulava, dentre outros requisitos às entidades beneficentes de assistência social, a exigência de possuir o Certificado ou o Registro de Fins Filantrópicos (nomenclatura em dissonância com a Constituição Federal), a ser fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos.

5 - A utilização da palavra "isenção" inserta no texto constitucional é uma flagrante atecnia, pois ainda que os constituintes utilizem de forma inadequada os institutos da isenção ou da não-incidência, é evidente que se trata de imunidade, tendo em vista a exclusão de competência das pessoas políticas para instituir o tributo à determinada categoria de pessoas ou a determinadas situações específicas.

Para dar cumprimento ao disposto do inciso II, do artigo 55, da Lei nº 8.212/91, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro o Decreto nº 752, de 16 de fevereiro de 1993, que dispôs sobre a concessão do Registro e do Certificado de Fins Filantrópicos, tendo o Conselho Nacional de Serviço Social a competência para registrar, conceder ou renovar o referido certificado.

Entretanto, para fazer jus à "isenção" da contribuição social da cota previdenciária patronal, não bastava às entidades beneficentes de assistência social possuir o Certificado. Estas precisavam requerê-la administrativamente perante o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, na forma do artigo 206, do Decreto nº 3.048/99, sendo que muitos dos requisitos exigidos à "isenção" eram sobrepostos à certificação.

A Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), em face da extinção do Conselho Nacional de Serviço Social, estabeleceu no artigo 18, incisos III e IV, a competência ao Conselho Nacional de Assistência Social, para acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades de assistência social, bem como apreciar o relatório anual que continha a relação de entidades de assistência social certificadas como beneficentes.

O Decreto nº 2.536, de 6 de abril de 1998, revogou o Decreto nº 752/93, e passou a disciplinar a concessão e a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, acrescentando novos requisitos para tal finalidade. Este Decreto foi alterado parcialmente pelo Decreto nº 3.504/2000, Decreto nº 4.381/2002, Decreto nº 4.499/2002, e Decreto nº 5.895/2006.

No início de 2008 foi deflagrada a Operação Fariseu[6] da Polícia Federal, em que investigava a participação de ex-conselheiros e conselheiros do Conselho Nacional de Assistência Social na emissão, supostamente fraudulenta, de concessões e de renovações de Certificados de Entidades Beneficentes de Assistência Social a entidades que não cumpriam os ditames estabelecidos na norma em vigência.

Foi editada a Medida Provisória nº 446, de 7 de novembro de 2008, que passou a disciplinar a concessão e a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, que dentre inúmeros dispositivos inovadores estabelecia a competência aos Ministérios das áreas da Saúde, Educação e da Assistência Social, para decidir sobre os pleitos de concessão e renovação dos Certificados.

Todavia, em face das disposições constantes dos artigos 37 a 39[7], a Medida Provisória nº 446/2008 foi devolvida pelo Senado Federal à Presidência da República, fato que não

6 - http//: www.estadao.com.br/topicos <topicos.estadao.com.br/operacao-fariseu>.Acesso em 12 j. 2012.

7 - "Art.37. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolizados, que ainda não tenham sido objeto de julgamento por parte do CNAS até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos. Parágrafo único. As representações em curso no CNAS propostas pelo Poder Executivo em face da renovação referida no caput ficam prejudicadas, inclusive em relação a períodos anteriores.

Art. 38. Fica extinto o recurso, em tramitação até a data de publicação desta Medida Provisória, relativo a pedido de renovação ou de concessão originária de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social deferido pelo CNAS.

ocorria desde 1989. Por fim, a Medida Provisória foi rejeitada pelo Plenário da Câmara, em 10 de fevereiro de 2009.

Sobreleva notar que mesmo rejeitada a Medida Provisória nº 446/2008, esta produziu efeitos ao conservar as relações jurídicas constituídas e decorrentes dos atos praticados durante a sua vigência, de forma integral, em razão da não edição de decreto legislativo - norma que poderia disciplinar as relações jurídicas decorrentes em razão da rejeição -, na forma do artigo 62, §§ 3º e 4º e 7º, da Constituição Federal de 1988.

Diante da rejeição e da não convolação em Lei da citada Medida Provisória, o Projeto de Lei nº 3021/2008 ganhou status de urgente. Surge, pois, a Lei 12.101, de 27 de novembro de 2009, que dispõe sobre a certificação e a "isenção" das entidades beneficentes de assistência social.

Sem adentrar neste momento quanto ao mérito da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da inconstitucionalidade de se atribuir critérios, por meio de Lei Ordinária, para disciplinar a "isenção" insculpida no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que as pessoas jurídicas sem fins econômicos padeciam pela inexistência de um instrumento legal atualizado, ainda que por meio de Lei Ordinária.

De igual forma, é possível afirmar que até a sanção da Lei nº 12.101/2009, as pessoas jurídicas de fins não econômicos se encontravam sujeitas aos dispositivos legais estabelecidos pelo Poder Executivo, mediante Decretos que os vinculavam inapropriada e inadvertidamente a Ordens de Serviço do Instituto Nacional de Seguridade Social e a Resoluções do Conselho Nacional de Assistência Social, para tratar de requisitos à certificação e à "isenção" da contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciária patronal).

Além dos vícios formais infraconstitucionais e infralegais, era evidente o desrespeito à ordem constitucional da tripartição dos poderes, uma vez que suprimia a competência originária do Poder Legislativo, a quem compete estabelecer requisitos por Lei à qualificação de entidade beneficente de assistência social, na forma do artigo 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

4. A LEI Nº 12.101/2009: CONCESSÃO E RENOVAÇÃO DO CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E OS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES

A Lei 12.101/2009 está regulamentada pelo Decreto nº 7.237/2010 (alterado pelo Decreto nº 7.300/2010), pela Portaria GM/MS nº 1970/2011 (que revogou a Portaria GM/MS nº 3.355/2010) e pela Portaria MDS nº 353/2011. A Lei estipula

Art. 39. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social indeferidos pelo CNAS, que sejam objeto de pedido de reconsideração ou de recurso pendentes de julgamento até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos."

a Certificação e os critérios objetivos a demonstrar os serviços assistenciais realizados pelas entidades beneficentes de assistência social e pretende dar objetividade aos dados a serem avaliados. Ainda, a Lei trata equivocadamente a imunidade como "isenção", mas inova ao tratar de forma conjunta a certificação e a imunidade, com critérios distintos e complementares, eliminando a sobreposição de requisitos.

A Lei identifica as áreas passíveis de certificação (saúde, educação e assistência social *stricto sensu*) e determina que os requerimentos de certificação sejam decididos pelos Ministérios da Saúde, Educação e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Nos casos em que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos desenvolvam duas ou as três áreas passíveis de certificação, a decisão quanto aos requerimentos de concessão e renovação competirá ao Ministério da área de atividade preponderante.

E as disposições da Lei nº 12.101/2009, inovam, pois, estabelecem pela primeira vez, a dispensa do prévio requerimento à autoridade administrativa para o gozo da "isenção" da cota patronal (previsto nos dispositivos revogados da Lei nº 8.212/91, artigo 55, II, e do Decreto 3048/99, artigo 206), desde que a pessoa jurídica sem fins lucrativos cumpra as exigências estabelecidas no artigo 29[8].

Embora existam avanços consideráveis, a Lei nº 12.101/2009 (art.31) e o Decreto nº 7.237/2010 (art. 5º, 7º, II, parágrafo único) fixam inadequadamente o termo inicial à fruição da "isenção" da contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciária patronal), a saber:

> "Lei 12.101/2009.
> (...)

8 - "Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

III - apresente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade;

V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;

VI - conserve em boa ordem, pelo prazo de 10 (dez) anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial;

VII - cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária."

Art. 31. O direito à isenção das contribuições sociais poderá ser exercido pela entidade a contar da data da publicação da concessão de sua certificação, desde que atendido o disposto na Seção I deste Capítulo."
"Decreto 7.237/2010
(...)
Art. 5o A certificação terá validade de três anos, contados a partir da publicação da decisão que deferir sua concessão, permitida sua renovação por iguais períodos.
Art. 6o Para os requerimentos de renovação protocolados no prazo previsto no § 1o do art. 24 da Lei no 12.101, de 2009, o efeito da decisão contará:
I - do término da validade da certificação anterior, se a decisão for favorável ou se a decisão for desfavorável e proferida até o prazo de seis meses; e
II - da data da publicação da decisão, se esta for desfavorável e proferida após o prazo de seis meses.
Art. 7o Para os requerimentos de renovação protocolados após o prazo previsto no § 1o do art. 24 da Lei no 12.101, de 2009, o efeito da decisão contará:
I - do término da validade da certificação anterior, se o julgamento ocorrer antes do seu vencimento; e
II - da data da publicação da decisão, se esta for proferida após o vencimento da certificação.
Parágrafo único: Na hipótese do inciso II, a entidade não usufruirá os efeitos da certificação no período compreendido entre o término da sua validade e a data de publicação da decisão, independentemente do seu resultado".

Sobreleva notar que nos casos de certificação inicial (originária), desde que as pessoas jurídicas sem fins econômicos atendam os dispostivos do artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, estas somente gozarão da "isenção", a partir da publicação do deferimento do requerimento de certificação no Diário Oficial da União.

E, nos casos de intempestividade do protocolo de requerimento de renovação da certificação, não serão usufruídos os efeitos "isencionais", no período compreendido entre o término da validade da certificação e a data de publicação no Diário Oficial da União sobre a decisão do requerimento, independentemente do resultado (deferimento ou indeferimento).

Todavia, a limitação temporal imposta à fruição da "isenção" contraria a doutrina e a jurisprudência pátria.

É de conhecimento basilar que os atos da administração pública podem gerar várias espécies de reflexos ao administrado, de acordo com as diversas classificações doutrinárias sobre a matéria. Dentre as espécies de atos administrativos, encontra-se o ato declaratório, quando a administração pública reconhece o direito preexistente do administrado.

Portanto, a certificação é um ato declaratório administrativo, pois apenas reconhece que determinada pessoa jurídica de fins não econômicos (associação ou fundação) preenche os requisitos estabelecidos pela Lei nº 12.101/2009, com fins de adjetivá-la como novel (concessão) entidade beneficente de assistência social ou mantê-la (renovação) neste *status*.

E a consequência intrínseca do ato declaratório é o efeito jurídico dele decor-

rente. Operam-se os efeitos *ex tunc*, haja vista que o ato declaratório externado com a concessão ou com a renovação da certificação retroage no tempo.

As reiteradas manifestações jurisprudenciais alicerçam o posicionamento supracitado, a saber:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. CERTIFICADO. NATUREZA DECLARATÓRIA DO ATO SÚMULA 83/STJ. 1. A questão infraconstitucional agitada no recurso especial guarda autonomia suficiente para ensejar seu exame por este Superior Tribunal de Justiça, daí porque os embargos de declaração merecem ser acolhidos para superar o fundamento constante do acórdão impugnado no sentido de que a controvérsia gira exclusivamente em torno de tema constitucional. 2. O certificado que reconhece a entidade como filantrópica, de utilidade pública, tem efeito ex tunc, por se tratar de um ato declaratório, consoante orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 115.510/RJ. Assim, há isenção das contribuições previdenciárias anteriores à expedição do certificado. Precedentes deste Tribunal. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos. (EDcl no AgRg no REsp 737907 / RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgado em 16/04/2009, DJe 29/04/2009)
>
> TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECRETAÇÃO. ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS. NATUREZA DECLARATÓRIA. EFEITOS EX TUNC. ART. 557, CAPUT, DO CPC. APLICAÇÃO. I - Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que o reconhecimento judicial de que determinada entidade é de fins filantrópicos tem natureza declaratória, retroagindo os seus efeitos à data em que a entidade cumpriu as exigências legais para o seu reconhecimento como tal. II - Quando o acórdão recorrido estiver em consonância ou confronto com a jurisprudência dominante do STJ ou do STF, poderá o relator, nos termos do artigo 557, caput, do CPC, decidir o recurso monocraticamente. III - Precedentes: AGREsp nº 382.136/RS, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 03/05/2004; AGA nº 432.286/RS, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 29/09/2003; e REsp nº 413728/RS, Relator Ministro PAULO MEDINA, DJ de 02/12/2002. IV - Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 579549 / RS. Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO. DJ 30.09.2004 p. 223)
>
> 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 retroagem a data do requerimento, inclusive o da isenção da quota patronal da contribuição previdenciária. Recurso conhecido e provido. (STF. RE 115510/RJ, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, Segunda Turma, DJU, 11-11-1988)

5. AS DIFERENTES DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TERMO INICIAL DA FRUIÇÃO DA IMUNIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL A CARGO DO EMPREGADOR (COTA PREVIDENCIÁRIA PATRONAL)

Como mencionado anteriormente, a Lei nº 12.101/2009 possibilita a fruição da "isenção" sem prévio requerimento à administração tributária. E dificilmente são encontradas entidades certificadas sem fazer uso da "isenção", pois a certificação é

apenas um passo dado à pretensão desta.

A Jurisprudência é pacífica ao definir que a certificação é ato declaratório administrativo ex tunc, que retroage no tempo. O posicionamento doutrinário e jurisprudencial é contrário aos dispositivos da legislação revogada (art. 55, II, da Lei nº 8.212/91, do Decreto nº 2.536/98 e do Decreto nº 3.048/99). E essa construção jurisprudencial consolidada, sob a égide da legislação revogada, mutatis mutantis, não se altera com as novas disposições da Lei nº 12.101/2009 (art. 31) e do Decreto nº 7.327/2010 (art. 7o, II, Parágrafo único).

Todavia, a jurisprudência é divergente quanto à delimitação do período de retroação: (i) há decisões judiciais que retroagem os efeitos da certificação, para fins de fruição da "isenção", a partir da data de constituição da entidade requerente; (ii) outras, retroagem os efeitos da certificação ao cumprimento dos requisitos legais pela entidade requerente; (iii) algumas, retroagem os efeitos da certificação ao(s) exercício(s) demonstrado(s) que embasa o requerimento de concessão ou de renovação do certificado (período de três anos anteriores ao protocolo de requerimento, na legislação revogada do Decreto nº 2.536/98 e das Resoluções do CNAS; e, na Lei nº 12.101/2009, sob o mesmo tirocíncio jurídico, considerar-se-á o exercício anterior ao requerimento de concessão e renovação (art. 3º, do Decreto nº 7.237/2010); (iv) e, por último, as retroagem os efeitos da certificação à data da protocolização do requerimento de concessão ou de renovação pela entidade requerente.

Colacionam-se algumas ementas jurisprudenciais, para exemplificar as divergências apontadas.

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 463, II, 471 E 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, §§ 3º e 4º, DO CPC. SÚMULA 7/STJ.(...)**4. Quanto à omissão no acórdão regional acerca da declaração de utilidade pública federal ter sido obtida em junho de 2004 e os fatos geradores das contribuições terem ocorrido de outubro de 2000 a junho de 2001, não se verifica esse vício no julgado, haja vista que o Tribunal de origem perfilhou o entendimento de que o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social possuiria eficácia ex tunc, ou seja, não teria eficácia constitutiva, mas declaratória, retroagindo seus efeitos à criação da entidade. (...)** (AgRg no REsp 1078751/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 18/03/2010, Publicado DJe, em 26/03/2010) **(grifos nossos)**

> TRIBUTÁRIO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL. ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 55, LEI 8.212/91. CERTIFICADO. EFEITOS EX TUNC. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. (...) 6. **Esta Corte adota o entendimento no sentido de que os efeitos da declaração da imunidade retroagem à data em que a entidade cumpriu os requisitos previstos em lei para fazer jus à imunidade**, conferindo ao certificado expedido efeitos ex tunc. (AMS Nº 2004.71.05.007955-2/RS. Rel. Des. Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA. Primeira Turma. Unanimidade. DJU: 04/07/2007) **(grifos nossos)**

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CERTIFICADO DE ENTIDADE DE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CEBAS). ARTIGOS 9.º E 18, INCISO IV, DA LEI N.º 8.742/93 (LOAS), C/C O ARTIGO 3.º DO DECRETO N.º 2.536/98. SUFICIÊNCIA DO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS MATERIAIS. RETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA CONCESSÃO DO CERTIFICADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL.(...) 7. Havendo prova de que a autora atende aos requisitos materiais para o reconhecimento de entidade filantrópica, o simples fato de ela não ter fornecido cópia registrada e autenticada da alteração do seu estatuto não deve impedir que faça jus à obtenção do CEBAS, em atendimento ao próprio postulado normativo-aplicativo da razoabilidade. 8. Não se pode admitir que tão-somente essa formalidade venha a impedir que a parte obtenha o certificado e, em conseqüência, goze da imunidade tributária que lhe é constitucionalmente assegurada. **O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é um ato administrativo com eficácia ex tunc. Não se pode confundir o preenchimento dos requisitos legais com o seu reconhecimento formal. 9. A certificação do cumprimento dos requisitos do art. 55 da Lei n.º 8.212/91, que também pretende dispor sobre a matéria, não tem eficácia constitutiva, mas declaratória. Os requisitos formais são meros reconhecimentos de situação já existente. 10. A eficácia retroage não até a criação da entidade, mas até o requerimento do CEBAS, permitindo-se um elastecimento para até três anos antes do requerimento (período de avaliação documental realizado pelo próprio CNAS)**. (...) (AC 200851050009287 RJ 2008.51.05.000928-7, Rel. Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Sexta Turma Especializada, julgamento em 19/09/2011, publicado do E-DJF2R, em 23/09/2011, Pág. 227/228). **(grifos nossos)**

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. LEI 8.212/91, ART. 55. ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS. EFEITO DA DECISÃO QUE RECONHECE O DIREITO AO CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DEVE RETROAGIR AO MOMENTO DE SEU REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. 1. A divergência jurisprudencial, para efeito de conhecimento do recurso especial (CF, art. 105, III, c), deve ser demonstrada mediante identificação clara do dissídio entre os casos confrontados, bem como pela juntada de certidão ou de cópia integral do acórdão paradigma, ou, ainda, a citação do repositório oficial de jurisprudência que o publicou (RISTJ, art. 255). 2. A matéria de fato é insuscetível de reexame em recurso especial (Súmula 07/STJ). 3. **Não sendo imputável ao contribuinte a demora – cerca de cinco anos – na apreciação de requerimento administrativo de Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, a decisão que defira dito Certificado deve produzir efeitos a partir da data do protocolo do pedido.** 4. Recurso especial desprovido. (REsp 381956/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgado em 02/12/2003, Publicado DJ em 19/12/2003, pág. 322) **(grifos nossos)**

Os diferentes períodos considerados pela Jurisprudência à aplicação retroativa dos efeitos da "isenção" contribuem à insegurança jurídica e traz ínsita a instabilidade das relações tributárias como legado às entidades beneficentes de assistência social.

6. A IMUNIDADE DO ARTIGO 195, § 7O, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, E SEUS REFLEXOS CONCEITUAIS NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

É pacífico entre os doutrinadores, bem como são pacíficas as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que o disposto no artigo

195, § 7o, da Constituição Federal de 1988, é verdadeira imunidade tributária e não isenção.

A utilização da palavra "isenção" em sede constitucional é uma flagrante atecnia, pois ainda que os constituintes utilizem de forma inadequada os conceitos da isenção ou da não-incidência, é evidente a exclusão de competência dos entes políticos para exigir a contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciária patronal) das entidades beneficentes de assistência social.

CARVALHO[9] leciona sobre o conceito imunidade:

> "é a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas".

AMARO[10] distingue a imunidade da isenção, a saber:

> "A imunidade e a isenção distinguem-se em função do plano em que atuam. A primeira opera no plano da definição da competência, e a segunda atua no plano da definição da incidência. Ou seja, a imunidade é técnica utilizada pelo constituinte no momento em que define o campo sobre o qual outorga competência. Diz, por exemplo, o constituinte: 'Compete à União tributar a renda, exceto a das instituições de assistência'. Logo, a renda dessas entidades não integra o conjunto de situações sobre que ode exercitar-se aquela competência. A imunidade, que reveste a hipótese excepcionada, atua, pois, no plano da definição da competência tributária. Já a isenção se coloca no plano da incidência do tributo, a ser implementada pela lei (geralmente ordinária) por meio da qual se exercite a competência tributária."

CALMON[11] pondera: "Teleologicamente a imunidade liga-se a valores caros que se pretende sejam duradouros, enquanto a isenção veicula interesses mais comuns, por si só mutáveis".

NOGUEIRA[12] contribui com a distinção clássica entre não incidência, isenção e imunidade:

> "Os campos de incidência e isenção cabem ao legislador ordinário. Este, dentro de sua competência, tem a faculdade de traçar o círculo da incidência e excepcionar a isenção. O da não incidência ficou fora do círculo da incidência. Em princípio a área de incidência ou de isenção pode ser aumentada ou diminuída pelo competente legislador ordinário, porém jamais ultrapassar a barreira da imunidade, porque esta é uma vedação constitucional."

9 - CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

10 - AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

11 - COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010.

12 - NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Imunidades: contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992

Na Adin nº 2545-7, o Supremo Tribunal Federal mencionou uma vez mais os aspectos sobre a imunidade tributária, cujo voto paradigma proferido pela Min. Ellen Gracie, foi acompanhado de forma unânime pelo Plenário, cujo trecho se destaca:

> (...) "Esta Corte já teve oportunidade de reconhecer, quando do citado referendo à liminar concedida na ADIn 2028, que o benefício de que cogita o art. 195, §7º, é o de imunidade. Esta é também a doutrina de nossos melhores tributaristas, merecendo citar, entre tantos, Misabel Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho, que em páginas primorosas extremaram, para além de quaisquer dúvidas, os benefícios da imunidade e da isenção. Tal imunidade, afirmou-se na mesma ocasião em que se referendou a medida liminar deferida na ADIn 2028, estende-se às entidades que prestam assistência social no campo da saúde e da educação. 'Como alertou Aliomar Baleeiro, isenção não se confunde com imunidade. O que é imunidade? É norma que estabelece incompetência. Ora, estabelecer incompetência é negar competência ou denegar o poder de instituir tributos, conjunto de normas que só adquire sentido em contraste com outro conjunto que atribui ou concede poder tributário. Conjunto só inteligível, se logicamente se pressupõe um outro conjunto, por ele reduzido ou delimitado: o das normas atributivas de poder... Ora, atribuir poder tributário, denegá-lo, delimitá-lo, é função da Constituição. Assim sendo, a imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não competência das pessoas políticas da federação para tributar outros fatos e situações de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário. A imunidade é, portanto, regra de exceção e de delimitação de competência que atua, não de forma sucessiva no tempo, mas concomitantemente."(...)

Em que pese se tratar de imunidade condicional - assim como a tendência do Supremo Tribunal Federal considerar que as condições de constituição e funcionamento da entidade beneficente de assistência social podem ser determinadas por Lei Ordinária[13]-, é evidente que o termo inicial da fruição da imunidade da contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciária patronal) deve observar as diretrizes axiológicas da órbita tributária.

Na isenção há exclusão do crédito tributário (art. 175, I, CTN). Há o crédito tributário, apenas a lei dispensa o seu pagamento. Mas, na imunidade tributária, o crédito nem sequer chega a existir, pois é a própria Constituição é quem retira a competência de tributar dos Entes Públicos.

13 - ADIN 1.802-DF - EMENTA: "I. Ação direta de inconstitucionalidade: Confederação Nacional de Saúde: qualificação reconhecida, uma vez adaptados os seus estatutos ao molde legal das confederações sindicais; pertinência temática concorrente no caso, uma vez que a categoria econômica representada pela autora abrange entidades de fins não lucrativos, pois sua característica não é a ausência de atividade econômica, mas o fato de não destinarem os seus resultados positivos à distribuição de lucros. II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): "instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei": delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida. 1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de discipli-

Essa distinção é fundamental para afirmar que as disposições da Lei nº 12.101/2009 (art. 31) e do Decreto 7.237/2010 (art. 7º, II, Parágrafo único) não encontram fundamento no âmbito tributário, porquanto a menção da não produção de efeitos à "isenção" não se coaduna perante a inexistência de crédito tributário na imunidade tributária.

7. DA SOLUÇÃO JURÍDICA AO TERMO INICIAL DA FRUIÇÃO DA IMUNIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL A CARGO DO EMPREGADOR (COTA PREVIDENCIÁRIA PATRONAL)

A atual Lei nº 12.101/2009 (art. 31) e o Decreto nº 7.237/2010 (art. 7º, II, Parágrafo único) sequer admitem os efeitos ex tunc para que retroaja ao menos à data de protocolo de requerimento de concessão (quando este deferido) ou ao requerimento de renovação extemporâneo (independente de resultado).

No entanto, apenas no que se refere à renovação, nem mesmo a Procuradoria da Fazenda Nacional mantém a posição da legislação atual, pois esta se manifesta favorável à retroação à data do protocolo, e encaminhou ao Ministro da Fazenda a recomendação para não apresentar contestações e não interpor recursos, bem como a desistência dos já interpostos, de acordo com PARECER PGFN-CRJ Nº 2.132-2011, cujo trecho dispositivo se transcreve:

> "(...) 30. Assim, presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 19, II, da Lei n 10.522, de 19.07.2002, c/c art. 5 do Decreto 2.346, de 10.1097, 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 do art. 31 da Lei 12.101, de 2009, (data da publicação da concessão da certificação), desde que inexista outro fundamento relevante, como a necessidade de cumprimento da legislação superveniente pelo contribuinte."

Não obstante, o ato declaratório exteriorizado pela certificação e pelo preenchimento dos demais requisitos estabelecidos no artigo 29, da Lei nº 12.101/2009

na infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar. 2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parág. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada. 3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientelas restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja delibação não é necessária à decisão cautelar da ação direta."

satisfazem as condições estabelecidas à imunidade. A doutrina e a jurisprudência afirmam que os efeitos jurídicos decorrentes do ato declaratório retroagem no tempo.

Das fundamentações jurisprudenciais apresentadas, a que se constitui com maior clareza, ainda que parcialmente, é a que define o termo inicial da fruição à imunidade, a partir do cumprimento das condições materiais elencadas na Lei às pessoas jurídicas de fins não econômicos. Todavia, é preciso acrescentar dois outros elementos a esta: (i) a retroatividade deve ser observada não só na forma da legislação vigente, mas de acordo com o preenchimento das condições materiais estabelecidas pelas legislações sucessivas durante o interregno de tempo, para definir o período aquisitivo da imunidade e, por conseguinte, fixar o termo inicial; (ii) a limitação do prazo decadencial, na forma do artigo 173, do Código Tributário Nacional.

A aplicação conjunta, mas não sobreposta, de conceitos, princípios e de legislações, permite excluir as demais hipóteses dos termos iniciais de fruição da imunidade.

7.1 AS HIPÓTESES JURISPRUDENCIAIS QUE FIXAM O TERMO INICIAL DA FRUIÇÃO DA IMUNIDADE À DATA DO REQUERIMENTO DE CONCESSÃO E DE RENOVAÇÃO DA CERTIFICAÇÃO OU AO(S) EXERCÍCIO(S) ANTERIOR(ES) LIMITADO(S) AOS DOCUMENTOS APRESENTADOS NO MOMENTO DO ATO DE PROTOCOLO

Essas hipóteses jurisprudenciais não afastam o direito das pessoas jurídicas de fins não econômicos à imunidade tributária, desde que preencham materialmente os requisitos para sua fruição, em período de tempo anterior à data de protocolo, observadas as legislações sucessivas durante o interregno de tempo, para definir o período aquisitivo inicial.

A aplicação dessas construções jurisprudenciais limita os efeitos *ex tunc* – de forma desproporcional e desarrazoada – e o consequente direito de fruição à imunidade.

É importante considerar que o ato administrativo declaratório presume que as condições materiais à fruição da imunidade são preexistentes à data de protocolo de concessão e de renovação da certificação.

Portanto, descabida a corrente jurisprudencial que fixa o termo inicial de fruição na data de protocolo do requerimento de concessão e de renovação, ainda que esta seja realizada extemporaneamente.

De outra sorte, apesar da aparente razoabilidade e ponderação das decisões judiciais que retroagem a fruição da imunidade a exercícios anteriores à data do protocolo dos requerimentos de concessão e renovação da certificação, estas não merecem melhor sorte.

O Decreto nº 2.536/98 e as Resoluções do CNAS remetiam à análise dos requerimentos de concessão e de renovação da certificação, acompanhada da remessa documental dos três exercícios anteriores ao do requerimento. Por sua vez, o De-

creto nº 7.237/2010, em seu art. 3º, menciona que serão analisados os documentos produzidos pelos requerentes ao exercício anterior ao protocolo de requerimento de concessão ou de renovação da certificação.

Não é repetitivo notar que a Lei nº 12.101/2009 estabelece requisitos materiais à fruição da imunidade (art. 29) e outros requisitos à certificação (arts. 3º ao 20). De igual forma, estabelece que a imunidade é exercida, sem prévia autorização administrativa, desde cumpridos os requisitos. Significa dizer, que para os efeitos decorrentes na seara tributária, a pessoa jurídica de fins não econômicos, uma vez certificada, declara-se imune ("isenta"), a exemplo de quando se declara imune ("isenta") ao imposto de renda pessoa jurídica. Se a declaração de imunidade ("isenção") é inidônea, compete à fiscalização tributária as medidas consentâneas ao lançamento e constituição do crédito tributário, além das demais cominações e implicações legais que deve promover.

Todavia, não pode a decisão judicial restringir o direito de fruição da imunidade das pessoas jurídicas de fins não econômicos, que podem preencher os requisitos materiais em período pretérito aos documentos que acompanharam o requerimento de concessão e de renovação.

Ademais, é vedado ao Poder Judiciário legislar, porquanto deve exercer a jurisdição, a *priori*, no amplo espectro das normas jurídicas existentes do ordenamento jurídico nacional. A retroatividade à data do protocolo ou aos exercícios anteriores aos requerimentos de concessão e de renovação não é matéria que vislumbre a aplicação de princípios ou de conceitos subsidiários e alternativos, pois não se trata de lacuna legal.

7.2 A HIPÓTESE JURISPRUDENCIAL QUE FIXA O TERMO INICIAL DA FRUIÇÃO À DATA DE AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Esse posicionamento jurisprudencial é inadequado, pois ao declarar que o termo inicial da imunidade tributária é o simples registro dos atos constitutivos das pessoas jurídicas de fins não econômicos no cartório, exclui, por consequência, o dever de agir da fiscalização tributária, para averiguar o termo inicial do preenchimento das condições materiais à fruição da imunidade. Assim, a pessoa jurídica de fins não econômicos pode vir a ser beneficiada pela decisão judicial, sem que faça jus à imunidade em todo o período de sua existência ficta.

Ademais, essa retroação à data da aquisição da personalidade jurídica é desprovida de utilidade, quando esta ultrapassa o limite imposto à constituição do crédito tributário pelo ente público, na forma do artigo 173, do Código Tributário Nacional.

8. CONCLUSÃO

As divergências jurisprudenciais acerca do termo inicial da fruição da imunidade tributária da contribuição social a cargo do empregador (cota previdenciá-

ria patronal) merecem uniformização, pois contribuirá para a segurança jurídica e à estabilidade das relações tributárias às pessoas jurídicas de fins não econômicos e à administração tributária.

Dentre as divergências jurisprudenciais, impõe-se aquela que retroage o termo inicial da fruição da imunidade ao cumprimento dos requisitos materiais, ainda que veiculada por Lei Ordinária, conforme as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal. Há o entendimento de que a regulamentação do § 7º, do art. 195, da Constituição Federal de 1988, pode ser em parte disposto por legislação ordinária (constituição e funcionamento das pessoas jurídicas de fins não econômicos) e noutra parte pela legislação complementar (quando se referir aos lindes da imunidade tributária).

Vale destacar, que na imunidade tributária não há a constituição do crédito tributário, por absoluta incompetência do ente público de fazê-lo e por vedação imposta no texto constitucional. De igual forma, é importante ressaltar que a Lei 12.101/2009 dispensou a prévia declaração administrativa quanto à fruição da imunidade da cota previdenciária patronal, sendo ônus da administração tributária desconstituir o efeito imunitório retroativo às pessoas jurídicas de fins não econômicos, para lançar e constituir o crédito tributário, na forma dos arts. 142 e 173, do Código Tributário Nacional.

Diante do exposto, compete ao Poder Judiciário, especialmente em matéria tributária que afeta a pessoas jurídicas de fins não econômicos, qualificadas como entidades beneficentes de assistência social, cercar-se da convergência de conceitos, princípios e normas do ordenamento jurídico nacional, sobremaneira os que orbitam nos ramos do direito constitucional, tributário e administrativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário: imunidades tributárias*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. pág. 686.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GUARÁ, Isa Maria F. Rosa. *Assistência Social e Proteção Social: Uma Nova História*. Disponível em: <htpp://ebah.com.br/.../assistencia-social-protecao-social>. Acesso em 12 jul. 2012.

HOMCI, Arthur Laércio. *A Evolução Histórica da Previdência Social no Brasil*. Revista Eletrônica Jus Navegandi. Disponível em: <htpp://www.jus.com.br/.../a-evolucao--historica-da-previdencia-social-no-brasil>. Acesso em 12 jul. 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo:

Malheiros, 2000. p. 170.
MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Novas contribuições na seguridade social*: entidades de fins filantrópicos. Sao Paulo: Ltr, 1997. p. 115-116.
NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Imunidades:* contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992.
OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consequências do enquadramento jurídico da certificação de entidade beneficente de Assistência Social como Ato Administrativo Declaratório:* reflexões sobre eventual intempestividade do pedido de renovação do certificado e o direito à imunidade das contribuições sociais com fundamento no § 7º do art. 195 da Constituição de 1988 (Comentários à Apelação Cível nº 0001239-95.2008.404.7118/RS, 2º Turma, do Tribunal Regional Federal da 4º Região. Revista de direito do Terceiro Setor, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 189-206, jul./dez. 2010.
PARECER PGFN-CRJ N 2132-2011 – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <htpp://www.pgfn.fazenda.gov.br/.../parecer%20PGFN-CRJ%20No%202>Acesso em 13 jul. 2012.
PEREIRA, Ivo Arza. *A Epopéia das Misericórdias.* 3ª ed. Curitiba: Revista Engenharia Técnica do Paraná, 2000, p. 14.
PERES, João Bosco. *Competência Tributária Negativa* – As Imunidades Tributárias. Revista Eletrônica Fiscosoft. Disponível em: <htpp://www.fiscosoft.com.br/.../competencia-tributaria-negativa-as-imunida>. Acesso em 13 jul. 2012.
SANTOS NETO, Elias Higino dos. *Atos Concernentes à Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social:* Natureza Jurídica e Consequências. Revista Eletrônica Jus Navegandi. Disponível em: <htpp://jus.com.br/.../atos-concernentes-a-certificacao-de-entidade-benefice....> Acesso em 9 jul. 2012.

Sites

www.planalto.gov.br
www.stf.jus.br
www.stj.jus.br
www.trf4.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (I)

CARGOS INERENTES AOS SERVIÇOS DE SAÚDE DEVEM SER ATRIBUÍDOS A SERVIDORES ADMITIDOS POR CONCURSO PÚBLICO.

STF - DJe 19/09/2012 - Inteiro Teor do Acórdão - 28/08/2012 SEGUNDA TURMA
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 445.167 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MINISTRO CEZAR PELUSO
AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
AGDO.(A/S): SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO - SINMED
ADV.(A/S): JOSÉ LUIZ BARBOSA PIMENTA JUNIOR E OUTRO (A/S)
INTDO.(A/S): COOPERAR SAÚDE COOPERATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE LTDA.
ADV.(A/S): FÁBIO RICARDO DE ARAÚJO CURI E OUTRO (A/S)

EMENTA
RECURSO. EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. SAÚDE.
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PREVISÍVEIS E DE CARÁTER PERMANENTE. CONTRATAÇÃO POR CONCURSO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE RAZÕES CONSISTENTES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. NEGA-SE PROVIMENTO A AGRAVO REGIMENTAL TENDENTE A IMPUGNAR, SEM RAZÕES CONSISTENTES, DECISÃO FUNDADA EM JURISPRUDÊNCIA ASSENTE NA CORTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de agosto de 2012.
MINISTRO CEZAR PELUSO
Relator

STF - DJe 19/09/2012 - Inteiro Teor do Acórdão - 28/08/2012 SEGUNDA TURMA
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 445.167 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MINISTRO CEZAR PELUSO
AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
AGDO.(A/S): SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO - SINMED
ADV.(A/S): JOSÉ LUIZ BARBOSA PIMENTA JUNIOR E OUTRO (A/S)
INTDO.(A/S): COOPERAR SAÚDE COOPERATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE LTDA.
ADV.(A/S): FÁBIO RICARDO DE ARAÚJO CURI E OUTRO (A/S)

RELATÓRIO

SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator): Trata-se de agravo regimental contra decisão de teor seguinte:

> "Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão assim ementado, na parte que interessa (fls. 360):
> 'No mérito, mantém-se a sentença. O serviço público de saúde não pode e não deve, ser terceirizado, admitindo o art. 197 da Constituição Federal, em caráter complementar, permitir a execução dos serviços de saúde através de terceiros. O caráter complementar não pode significar a transferência do serviço à pessoa jurídica de direito privado. Desprovimento dos recursos.'

2. Pois bem, a parte recorrente aponta violação ao inciso II do art. 37, bem como aos arts. 196, 197 e 198 da Magna Carta de 1988.
3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner de Castro Mathias Netto, opina pelo desprovimento do apelo extremo.
4. Tenho que insurgência não merece acolhida. De saída, anoto que a Administração Pública direta e indireta, ao prover seus cargos e empregos públicos, deve obediência à regra do concurso público. Admitem-se somente duas exceções, previstas constitucionalmente, quais sejam, as nomeações para cargo em comissão e a contratação destinada ao atendimento de necessidade temporária e excepcional (incisos II e IX do art. 37 do Magno Texto).

5. No caso em análise, a Instância Judicante de origem deu correta aplicação aos ditames da Constituição Republicana. Isso porque os cargos inerentes aos serviços de saúde, prestados dentro de órgãos públicos, por ter a característica de permanência e ser de natureza previsível, devem ser atribuídos a servidores admitidos por concurso público, pena de desvirtuamento dos comandos constitucionais referidos.
6. Precedentes: ADIs 1.500, da relatoria do ministro Carlos Velloso; 2.380, da relatoria do ministro Moreira Alves; e 890-MC, da relatoria do ministro Maurício Corrêa, este assim ementado:

> 'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 418/93. EC 19/98. ALTERAÇÃO NÃOSUBSTANCIAL DO ARTIGO 37, II, DA CF/88. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. ATIVIDADES PERMANENTES. OBRIGATORIEDADE. SERVIÇO TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. LIMITAÇÃO. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL.

1. Emenda Constitucional 19/98. Alteração não-substancial do artigo 37, II, da Constituição Federal. Prejudicialidade da ação. Alegação improcedente.
2. A Administração Pública direta e indireta. Admissão de pessoal. Obediência cogente à regra geral de concurso público para admissão de pessoal, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional. Interpretação restritiva do artigo 37, IX, da Carta Federal. Precedentes.
3. Atividades permanentes. Concurso Público. As atividades relacionadas no artigo 2o da norma impugnada, com exceção daquelas previstas nos incisos II e VII, são permanentes ou previsíveis. Atribuições passíveis de serem exercidas somente por servidores públicos admitidos pela via do concurso público.
4. Serviço temporário. Prorrogação do contrato. Possibilidade limitada a uma única extensão do prazo de vigência. Cláusula aberta, capaz de sugerir a permissão de ser renovada sucessivamente a prestação de serviço. Inadmissibilidade.
5. Contratos de Trabalho. Locação de serviços regida pelo Código Civil. A contratação de pessoal por meio de ajuste civil de locação de serviços. Escapismo à exigência constitucional do concurso público. Afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei 418, de 11 de março de 1993, do Distrito Federal.'

Isso posto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso" (fls. 426/429). A parte recorrente pede seja reconsiderada a decisão agravada, pelas razões expostas às fls. 440/445, com o consequente provimento do recurso.

É o relatório.

STF - DJe 19/09/2012 - Inteiro Teor do Acórdão - 28/08/2012 SEGUNDA

TURMA
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 445.167 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator):

1. Inconsistente o recurso. A parte agravante não logrou convelir os fundamentos da decisão agravada, os quais, tendo resumido o entendimento assente da Corte, subsistem invulneráveis aos argumentos do recurso, que nada acrescentaram à compreensão e ao desate da quaestio iuris.

Ademais, como bem observado na decisão impugnada:

"[...] os cargos inerentes aos serviços de saúde, prestados dentro de órgãos públicos, por ter a característica de permanência e ser de natureza previsível, devem ser atribuídos a servidores admitidos por concurso público, pena de desvirtuamento dos comandos constitucionais referidos".

No mesmo sentido, aliás, opinou o Subprocurador-Geral da República Dr. **WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO:**

"[...] é certo que o texto constitucional faculta, ao Estado, a possibilidade de recorrer aos serviços privados para dar cobertura assistencial à população, observando-se, as normas de direito público e o caráter complementar a eles inerentes.

Todavia, não é essa a discussão aqui travada, mas sim, a forma como a Municipalidade concretizou o ato administrativo, emprestando-lhe característica de contratação temporária, desvirtuada do fim pretendido pelo artigo 197 da CF/88.

Na hipótese, os serviços contratados não podem ser prestados em órgãos públicos, onde necessariamente, deveriam trabalhar profissionais da área de saúde, aprovados em concurso público, a teor do artigo 37, II, da CF/88" (fls. 422/423).

Voto - MIN. CEZAR PELUSO

É oportuno advertir que o disposto no art. 557, do CPC, e art. 21, § 1º, do RISTF, desvelam o grau da autoridade que o ordenamento jurídico atribui, em nome da segurança jurídica, às súmulas e, posto que não sumulada, à jurisprudência dominante, sobretudo desta Corte, as quais não podem desrespeitadas nem controvertidas sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revisão ou reconsideração. De modo que o inconformismo sistemático, manifestado em recursos carentes de fundamentos novos, pode ser visto como abuso do poder recursal.

2. Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

Decisão de Julgamento

STF - SEGUNDA TURMA - EXTRATO DE ATA - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 445.167 PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR: MINISTRO CEZAR PELUSO
AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
AGDO.(A/S): SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO - SINMED
ADV.(A/S): JOSÉ LUIZ BARBOSA PIMENTA JUNIOR E OUTRO (A/S)
INTDO.(A/S): COOPERAR SAÚDE COOPERATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO
DE SAÚDE LTDA
ADV.(A/S): FÁBIO RICARDO DE ARAÚJO CURI E OUTRO (A/S)

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 28.08.2012. Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (II)

SUSPENSÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO FIRMADO ENTRE O PODER PÚBLICO E ORGANIZAÇÃO SOCIAL PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE URGÊNCIA (SAMU)

SUSPENSÃO DE LIMINAR 638 SANTA CATARINA

REGISTRADO :MINISTRO PRESIDENTE

REQTE.(S): ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
REQDO.(A/S): VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA - SPDM
ADV.(A/S):LÍDIA VALÉRIO MARZAGÃO E OUTRO (A/S)

DECISÃO : vistos, etc.

Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos de liminar deferida nos autos da Ação Cautelar nº 023.12.043764-6. Pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 1º da Lei 9.494/1997.

2. Alega o requerente que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou Ação Cautelar preparatória de Ação Civil Pública, com pedido de medida liminar, contra o "Estado de Santa Catarina e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina SPDM, requerendo a imediata suspensão do Contrato de Gestão n.° 02/2012 celebrado entre os réus e cujo objeto é a transferência do gerenciamento, operacionalização e execução do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) no âmbito do território catarinense". Argúi que a liminar foi deferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis para "suspender o cumprimento do Contrato de Gestão n.° 02/2012 e, por conseqüência, a transferência do gerenciamento, operacionalização e execução das atividades e serviços de atendimento pré-hospitalar do Serviço Móvel de Urgência (SAMU) de Santa Catarina

para a Associação Paulista Para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM".
3. Pois bem, em face dessa decisão, o Estado de Santa Catarina protocolou, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pedido de suspensão dos efeitos da liminar, que foi indeferido. Interposto agravo regimental, o ente público requereu a desistência do recurso por entender que a "instância local tornou-se incapaz de responder à necessidade premente que tem o Estado de buscar e obter uma tutela de urgência. O recurso interposto não mais se mostrava apto a assegurar a pretensão estatal que é de natureza contracautelar".
4. Na sequência, o acionante manejou no Superior Tribunal de Justiça suspensão de liminar, alegando lesão à ordem administrativa e à economia pública, bem como violação a direitos constitucionais à vida e à saúde. Isso porque, segundo ele, a decisão recorrida gerou situação "insolúvel" e "dramática", porquanto o "Estado desativou por completo a sua estrutura anterior, tendo inclusive demitido 493 empregados que trabalhavam e regime de contratação temporária e que representavam 80% do efetivo disponível para atender a população". Ademais, argumentou, que a decisão "suspende integralmente as atividades de atendimento pré-hospitalar do serviço móvel de urgência em todo o território catarinense, uma vez que a estrutura de operação através da entidade gestora contratada é a única atualmente disponível para atender a população". Aduziu que a decisão "implica invasão da esfera de competência reservada ao administrador público e inviabiliza uma legítima política pública" e que o "Contrato de Gestão 02/2012 implica economia mensal de R$400.000,00 para a administração pública estadual". Daí o pedido de suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Cautelar nº 023.12.043764-6. A seu turno, o Presidente do STJ, ministro Felix Fischer, encaminhou o processo ao STF por se tratar de matéria predominantemente constitucional.
5. Feito esse relato da causa, passo à decisão. Fazendo-o, pontuo, de saída, que o pedido de suspensão de segurança é medida excepcional que se presta à salvaguarda da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas contra perigo de lesão. Lesão, esta, que pode ser evitada, "a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público", mediante decisão do "presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso". Donde se perceber que ao Supremo Tribunal Federal compete apreciar somente os pedidos de suspensão de liminar e/ou segurança quando em foco matéria constitucional (art. 25 da Lei 8.038/1990). Mais: neste tipo de processo, esta nossa Casa de Justiça não enfrenta o mérito da controvérsia, apreciando-o, se for o caso, lateral ou superficialmente.
6. Ora, no caso dos autos, é evidente estar-se diante de matéria constitucional, devido a que se discute a prestação de serviços de relevância pública, em especial, o da saúde e assistência pública, bem como a forma pela qual tal serviço é de ser prestado à população (inciso III do art. 23, art. 196, art. 197 e § 1º do art. 199 da CF). Competente, assim, o Supremo Tribunal Federal para a análise do pedido de suspensão. Pedido, no entanto, que não merece acolhida. E a primeira dificuldade que encontrar é de ordem formal, dado que a decisão aqui atacada não é de única ou última instância. Explico: segundo o art. 25 da Lei 8.038/1990, cabe ao Presidente desta Casa de Justiça, tratando-se de matéria constitucional, "e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal". Idêntico regramento está contido no art. 297 do Regimento Interno do STF. E o fato é que, no caso dos autos, cuida-se de liminar indeferida monocraticamente por desembargador de tribunal estadual. Liminar contra a qual foi interposto agravo regimental, entretanto já homologado o pedido de desistência, mediante acórdão de 11 de setembro de 2012.

7. Tal quadro, por si só, já conduziria à negativa de seguimento do pedido de suspensão de liminar interposto. Mas não é só. No caso dos autos, não se encontram configuradas graves lesões à ordem administrativa e à economia pública. Ao suspender liminarmente o contrato de gestão de número 02/2012, o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis consignou que:
"Não obstante, os moldes delineados no contrato de gestão são passiveis de graves riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão, eis que:

> a) o mecanismo adotado nos leva a crer que houve intenção de ludibriar o regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. Oras, se a organização social absorve atividades exercidas pelo ente estatal, mediante a utilização do patrimônio público e dos respectivos servidores públicos, é nítido que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público;
> b) o patrimônio público que antes servia à prestação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência fora integralmente repassado à Organização Social requerida, sem que a mesma demonstrasse idoneidade financeira para administrar respectivo patrimônio. Pois, pelas provas lastreadas nos autos, há fortes indícios de que mencionada Organização não desponta de solvabilidade, já que recai sobre seu nome aproximadamente 3.000 títulos protestados em cartórios do Estado de São Paulo; além de estar respondendo por inúmeras ações de improbidades administrativas e não dispor de suas atividades glosadas pelo Tribunal de Contas de São Paulo;
> c) embora tenha a Organização Social recebido do ente Estatal os profissionais efetivos que executavam os serviços de atendimento móvel de urgência, há fortes evidências que nos levam a questionar sua habilidade técnica. Já que, além de não haver demonstração de sua experiência pretérita, não dispõe de profissionais habilitados para o exercício de tais atividades, prova disso é a imperiosa necessidade de seleção pública de novos profissionais;
> d) adoção de seleção pública de servidores regidos pela CLT para executar serviços-fins estatais, caracterizando, em tese, burla ao preceito constitucional que obriga a realização de concurso público;
> e) o imensurável descompasso orçamentário dos valores a serem pagos pela Administração à Organização Social, cuja prestação atingirá quase R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) por ano, cujo investimento inicial – correspondente a infraestrutura física e serviçal – está sendo alocada integralmente pelo Estado.

Portanto, pelo acima vislumbrado, além de ter havido tergiversação quanto ao fim vislumbrado pelo legislador ordinário como incentivo ao fomento de atividades por Organizações Sociais, o qual, no caso, foge por completo ao preceito jurídico e social para o qual fora criado, há fortes indícios de que a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM não desponta de habilidade técnica financeira para desempenhar o serviço para o qual foi escolhido, podendo, com isso, causar graves prejuízos ao patrimônio público e à vida da população catarinense.

[...]

Por mais que haja possível argumentação de que a suspensão do mencionado contrato viesse, porventura, ocasionar paralisação do serviço de atendimento móvel de urgência,

a questão não passa do campo da suposição. Haja vista que o serviço repassado à Organização Social compõe serviço-fim estatal, com natureza eminentemente essencial, o qual vinha até então sendo devidamente prestado pelo Estado de Santa Catarina, logo, não há qualquer impeditivo capaz de impossibilitar o retorno da gestão pelo Estado. Afinal, o serviço a ser prestado será consubstanciado na mesma técnica pelo qual vinha sendo prestado, com os mesmos servidores e com o mesmo aparelhamento estrutural, os quais, conforme vislumbrado alhures, seriam repassados (alocados) à Organização Social.

Portanto, antevendo que a continuidade dos serviços não será vilipendiada com a suspensão do contrato de gestão tisnado, frente à imensurável aptidão técnica e financeira do Estado em sua prestação, não estará evidenciado o periculum in mora in reverso.

[…]

A necessidade de interceder liminarmente no contrato firmado é pujante, porque, muito embora a ilegalidade aparentemente esteja consumada, o dano ainda não o foi integralmente, tendo em vista à vizinhança no início do contrato. Se é assim, a sustação imediata de quaisquer atos relacionados com o contrato questionado garantirá uma chance maior de tornar a prestação jurisdicional eficaz, trazendo menos traumas e prejuízos ao patrimônio público e à saúde da população catarinense (art. 804 do CPC).

[...]

Como forma de evitar a paralisação dos serviços "descentralizados" pelo Contrato de Gestão impugnado, o Estado de Santa Catarina deverá avocar para si o serviço que vinha até então sendo por ele prestado, como meio de garantir à coletividade catarinense o serviço de saúde tido como essencial, do qual, ao que tudo indica, jamais o Estado deveria ter-se despido. Até porque o gerenciamento, execução e fiscalização dos respectivos serviços não trará ao Estado novidade ou gastos públicos, já que os bens necessários para a sua execução são todos de seu patrimônio (instalações, equipamentos, veículos, tecnologias), inclusive a mão de obra correspondente (servidores públicos).

Com a reintegralização do Serviço de Atendimento Móvel de Emergência ao Estado de Santa Catarina estar-se-á evitando possíveis prejuízos financeiros aos cofres públicos, resguardando, ainda, a eficácia continuativa do serviço considerado essencial e indispensável à sobrevida da população catarinense. Frise-se, não haverá descontinuidade na prestação do serviço público, atividade fim do Estado, no afã de prestar o proficiente atendimento pré-hospitalar, mantendo, quando solicitado, com presteza que a situação exige, o suporte básico da vida.

Nesse compasso, deverá o Secretário de Estado da Saúde, assim que cientificado da presente decisão, proceder à imediata paralisação dos serviços outorgados pelo contrato de gestão à Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, avocando assim para o Estado o seu respectivo cumprimento.
Garantindo-se assim, à sociedade a certeza da prestação de um serviço vestido de qualidade e presteza como antes realizado, que não deve ser arranhado, sob forma de retaliação ou outro predicado congênere, para o fim de criar-se comoção social para um posicionamento movido pela censura apoiada em subjetivismo fantasioso e de ocasião.

Por fim, vale consignar que o Estado de Santa Catarina antes da edição deste contrato objurgado, já desempenhava a prestação do serviço de urgências médicas em ambiente extra-hospitalar com eficiência e eficácia. Aliás, esse serviço era prestado antecedentemente por unidades móveis do Corpo de Bombeiros, complementado e melhorado com a instituição do SAMU. Ambos braços destacados do Estado, que imbuídos de sua atividade--fim, desempenhavam suas funções institucionais plenamente e com satisfatoriedade.

A opção da Administração Pública é caracterizada por seu conteúdo de mérito administrativo, razão pela qual, não fosse pela ofensa constitucional muito pouco haveria de se fazer. Porém, dentro de um prisma endoconstitucional, a decisão administrativa comporta-se com factível injustificada razão lógica, tangenciando a pouca razão, em deliberadamente traspassar verba pública em valor considerável (mais de 400 milhões) a uma empresa privada, ainda que sem fins lucrativos, quando esse montante bem poderia ser utilizado em maximizar, melhorando quali-quantitativamente os serviços já postos à disposição da sociedade pelo Estado de Santa Catarina, criando uma verdadeira carreira de Estado, com médicos, enfermeiros, técnicos e outros profissionais especializados e de apoio, ao invés de convergir tamanho vulto de dinheiro a uma Organização que pouco se conhece, por ora, de capacidade técnica e operacional para prestar um serviço público, em sua totalidade, tão imperioso que é o atendimento pré-hospitalar de urgência"

8. De se ver, portanto, que a questão foi devidamente equacionada pelo magistrado de origem, ponderando, inclusive, sobre a possibilidade da reversão da situação factual, ante a necessidade da continuação dos serviços prestados pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU. Reversibilidade acentuada pelo motivo de que a organização social, ao firmar o contrato de gestão com o ente público para transferência do gerenciamento e execução do relevantíssimo serviço de saúde pública, fê-lo mediante termo de cessão e uso de todos os bens já utilizados diretamente pelo Estado, assim como pela cessão dos servidores que executavam tal atividade. Cessão, essa, ocorrida no último dia 1º de agosto de 2012, a revelar, de pronto, a possibilidade do retorno à situação anterior sem maiores prejuízos à prestação de serviço à população. No mais, na própria petição de agravo regimental manejado no Tribunal de Justiça catarinense, o ente de direito público indicou que, devido à contratação da organização social, não haveria mudança no serviço prestado. Leia-se: "De fato, o serviço SAMU implantado nem mesmo deverá sofrer alterações procedimentais, senão que apenas gerenciais". Esse o quadro, não é possível auferir-se a irreversibilidade como apontada na inicial. Tampouco possibilidade de descontinuidade do serviço essencial de atendimento de urgência.
9. Confira-se, a propósito, a decisão na SL 189/PR, da relatoria da ministra Ellen Gracie:

> "Depreende-se, portanto, mormente em face do art. 199, § 1º, da Constituição da República, a relevância dos fundamentos do Ministério Público estadual no sentido da inconstitucionalidade da transferência da prestação direta de serviços de saúde que o Município de Palotina pretende promover por intermédio do mencionado termo de parceria. Assim, entendo que os relevantes fundamentos levantados pelo Ministério Público estadual e acatados pela sentença ora impugnada possuem o condão de, no caso, afastar as supostas lesões à ordem administrativa e à saúde públicas aqui defendidas pelo requerente, até porque a decisão em tela protege a ordem pública, em sua acepção jurídicoconstitucional. Nesse contexto, frise-se que os pressupostos contidos no caput do art. 4º da Lei 8.437/92, vale dizer, "manifesto interesse público" e "flagrante ilegitimidade" militam, na espécie,

em favor do ora interessado, Ministério Público do Estado do Paraná."

10. À derradeira, cabe ressaltar que a situação, tal como retratada nos autos, parece amoldar-se à advertência que consignei em meu voto na ADI 1.923:

> "[...] assim como seria inconstitucional uma lei que estatizasse toda a atividade econômica (a participação do Estado se dá por exceção, para tender aos imperativos desegurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos da cabeça do artigo 173 da Constituição Federal), também padeceria do vício de inconstitucionalidade norma jurídica que afastasse do Estado toda e qualquer prestação direta (pelos próprios órgãos e entidades da Administração Pública) dos serviços que são dele, Estado, e não da iniciativa privada.
>
> [...]
>
> Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de privatização. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta.
>
> [...]
>
> A se ter como válida a mencionada absorção , nada impediria que, num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos oficiais de ensino, serviços públicos de saúde, etc. Isso, tendo em vista que a organização social é pessoa não integrante da Administração Pública. Logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente apenas indutor, fiscalizador e regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da Constituição Federal."

11. Por tudo quanto posto, indefiro o pedido de suspensão de liminar.

Publique-se.

Brasília, 18 de setembro de 2012.
MINISTRO AYRES BRITTO
Presidente

DEFICIENTE FÍSICO PODE ABRIR MÃO DE SEU TRATAMENTO

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.105.663 - SP (2008/0248581-6)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO: CENTRAL DE ÁLCOOL LUCÉLIA LTDA E OUTRO
ADVOGADO: PEDRO GASPARINI E OUTRO(S)

EMENTA
DIREITO CIVIL. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AÇÃO INDIVIDUAL. PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. LEGITIMIDADE DO MP PARA RECORRER. ACORDO ACEITO PELO DEFICIENTE FÍSICO. AUTONOMIA DA VONTADE.

1. O acordo celebrado por deficiente físico, ainda que abrindo mão de tratamento particular de saúde em troca de pecúnia, não pode ser impugnado pelo MP sob o pálio do art. 5º da Lei 7.853/89. O fato da deficiência física não tira da pessoa sua capacidade civil e sua aptidão para manifestar livremente sua vontade.
2. Já basta ao deficiente a violência decorrente de sua limitação física. Não é admissível praticar uma segunda violência, tratando-o como se fosse relativamente incapaz, a necessitar de proteção adicional na prática de atos ordinários da vida civil, proteção essa que chegue ao extremo de contrariar uma decisão que ele próprio tomou acerca dos rumos de sua vida.
3. O argumento de que "o direito à saúde é indisponível" e que, portanto, não pode haver sua redução a um quociente monetário, é equivocado. Qualquer pessoa pode optar por receber tratamento particular, pagando o preço correspondente, ou valer-se da saúde pública. No acordo objeto de homologação, o deficiente físico não renunciou a um tratamento de saúde. Apenas optou pelo tratamento na rede pública.
4. Recurso especial improvido.

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, negar 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), 04 de setembro de 2012(Data do Julgamento)
MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.105.663 - SP (2008/0248581-6)
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO: CENTRAL DE ÁLCOOL LUCÉLIA LTDA E OUTRO
ADVOGADO: PEDRO GASPARINI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO objetivando impugnar acórdão exarado pelo TJ/SP no julgamento de recurso de apelação.

Ação: pedido de homologação de acordo extrajudicial, formulado por DONIZETE DUARTE PINHEIRO e sua ex-empregadora, CENTRAL DE ÁLCOOL LUCÉLIA LTDA, em decorrência de acidente do trabalho.
O autor afirma que trabalhava na empresa-ré como tratorista. Em 24/2/1997 sofreu acidente de trabalho que deixou sequelas irreversíveis, levando-o a aposentadoria por invalidez.
Em função do acidente, as partes celebraram, em 27/4/2001, acordo extrajudicial para composição dos danos decorrentes do acidente, lavrado nos seguintes termos: (i) a empresa pagou ao acidentado R$ 35.000,00 em 7 parcelas de R$ 7.000,00, para compensação dos danos material e moral sofridos; (ii) concedeu-lhe uma cesta básica mensal, enquanto fosse vivo, em valor equivalente ao praticado para os demais funcionários da empresa; (iii) assistência médica e odontológica gratuita, através de profissionais mantidos nos quadros da empregadora; (iv) consultas médicas com especialistas, conforme necessário; (v) reembolso de consultas médicas, odontológicas e farmacêuticas.

Homologação: O acordo foi homologado em juízo (fl. 26, e-STJ), em 22/5/2001.

Novo acordo: Em março de 2004, as partes requereram o desarquivamento dos autos e formularam nova proposta, para modificação do acordo anterior, nos seguintes

termos:

> "Sendo assim e, diante do que foi exposto acima, a empresa Central de Álcool propõe, com aceitação do Sr. Donizete, o pagamento de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) no ato da homologação em uma única parcela, para se eximir de todas as responsabilidades que foram assumidas no passado."
> Em audiência, o acidentado, Sr Donizete Duarte Pinheiro declarou-se ciente e concorde com os termos do acordo. Portanto, em que pese a objeção do Ministério Público (fls. 48 e 49, e-STJ), o acordo foi homologado. A homologação foi impugnada mediante recurso de apelação, interposto pelo MP.

Acórdão: não conheceu do recurso de apelação do MP, nos termos da seguinte:

> ACIDENTE DO TRABALHO DIREITO COMUM – ACORDO EXTRAJUDICIAL - Acordo extrajudicial trazido à homologação judicialmente em maio de 2001 - Posteriormente, nova transação trazida aos autos, com alteração do primeiro acordo, impugnado pelo Ministério Público - Aferição da legitimidade do Ministério Público para interposição do recurso - Causa que não estava a exigir intervenção do 'parquet', porquanto não se trata de acordo envolvendo menores ou incapazes - Acordo envolvendo partes capazes, com objeto lícito, e decorrente de conversão de vontades – Ausência de previsão legal para atuação do Ministério Público, porquanto embora deficiente, não há qualquer interesse difuso ou coletivo a ser acompanhado, e a ação não é civil pública, mas mero acordo judicial submetido à homologação judicial - Ilegitimidade do Ministério Público reconhecida - Recurso não conhecido. O acórdão foi lavrado por maioria.

Recurso especial: interposto com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional. Alega-se violação do art. 5º da Lei 7.853/89. Admissibilidade: o recurso não foi admitido na origem, motivando a interposição do Ag. nº 1.047.227/SP, a que o i. Min. Ari Pargendler, à época integrante da 3ª Turma desta Corte, deu provimento para melhor apreciação da controvérsia. O processo, assim, foi-me distribuído por prevenção de Turma.

É o relatório.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.105.663 - SP (2008/0248581-6)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO: CENTRAL DE ÁLCOOL LUCÉLIA LTDA E OUTRO
ADVOGADO: PEDRO GASPARINI E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Cinge-se a lide a estabelecer, com fundamento na Lei 7.853/89, se pode o Ministério Público

interpor recurso para impugnar a homologação de acordo livremente celebrado por pessoa portadora de deficiência física decorrente de acidente de trabalho.

Importante para a decisão da causa é o fato de que o novo acordo implicou renúncia, pelo portador de limitações, a benefícios relacionados ao tratamento de sua enfermidade, em troca de um valor em pecúnia.

O argumento utilizado pelo MP para justificar sua intervenção é o de que o art. 5º da referida Lei estabelece, de forma ampla, que "O Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas".

Para o parquet, não é o simples fato de um litigante ser deficiente que justifica sua atuação, mas a discussão, no processo, de questão relacionada a essa deficiência. Apoiando-se na doutrina de Herman Benjamim, argumenta que a proteção do deficiente "é exercida em nome do indivíduo ou do grupo, mas sempre em proveito de todos os integrantes da classe". O que sustentaria a intervenção do MP, nessas situações, seria o fato de que "os conflitos de interesse que afetam os portadores de deficiência, na sua qualidade de portadores de deficiência, na sua relação como tal com o restante do grupo, carreiam um imenso conteúdo de interesse público".

Trazendo esses ensinamentos à hipótese dos autos, o MP argumenta que "a nova transação impugnada pelo Ministério Público através do apelo tem por objeto direito indisponível porque relacionado à saúde, que não pode ser renunciado pelo trabalhador". Para o parquet, não obstante o tratamento de saúde tivesse sido reduzido a uma expressão monetária, a questão estaria em "saber se saúde e dinheiro são bens fungíveis entre si". Para o MP, essa fungibilidade seria impossível.

O cerne da questão, contudo, está, em verdade, no confronto entre a *liberdade de contratar*, conferida a qualquer parte maior e capaz, e a *proteção especial que a lei deve conferir ao deficiente*.

Na ata de audiência na qual o acordo foi submetido à homologação (fl. 47,

e-STJ) consta, com todas as letras, que "pela MM. Juíza foi lido os termos (sic) da retificação do acordo apresentado para homologação ao senhor Donizete Duarte Pinheiro, o qual se disse ciente do teor e implicação de todas as cláusulas, bem como de pleno acordo com a sua homologação". Ou seja: a pessoa deficiente, no pleno gozo de suas faculdades mentais, em um ato de manifestação livre de vontade, decidiu celebrar o acordo pelos termos nele contidos. Não há, no processo, qualquer elemento que indique redução, por parte do recorrido, de seu discernimento. Ele é, assim, do ponto de vista da capacidade civil, uma pessoa completa, capaz, como outra qualquer, de adquirir direitos e assumir obrigações sem qualquer assistência.

Nessa circunstância, não se pode admitir que o MP, atuando no suposto auxílio da pessoa deficiente, negue-se a lhe garantir o direito básico de manifestar livremente sua vontade. Já basta a ele a violência decorrente de sua limitação física. Não é admissível praticar uma segunda violência, tratando-o como se fosse relativamente incapaz, a necessitar de proteção adicional na prática de atos ordinários da vida civil,

proteção essa que chegue ao extremo de contrariar uma decisão que ele próprio tomou acerca dos rumos de sua vida. Correta ou errada a decisão, é direito da pessoa tomá-la com autonomia e independência.

No mesmo artigo doutrinário citado pelo MP em seu recurso (o Ministério Público e a pessoa portadora de deficiência, in Questões de Direito Civil e o Novo Código Civil, 1ª Edição, São Paulo: Imprensa Oficial do MPSP, 2004, pág. 338), Hugo Nigro Mazzilli pondera que *"é inaceitável, é criminoso mesmo que uma pessoa portadora de uma deficiência qualquer seja impedida do acesso a cargos e empregos ou impedida da fruição de bens da vida que em nada dependam de sua limitação.* ***E isso porque - ainda que portadora de deficiência de qualquer natureza - a pessoa jamais tem diminuída, em proporção mínima que seja, sua dignidade de ser humano".***

A proteção ao deficiente, portanto, tem como meta a promoção da igualdade substancial, de modo a "tratar diferentemente os desiguais, na medida em que se busque compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades". A desigualdade jurídica, assim, vem para compensar uma desigualdade fática. Daí a ideia, também sustentada por Mazzilli, de que "quando pessoas portadoras de deficiência se põem a litigar sobre matéria que diga respeito com a deficiência, e, mais ainda, que aproveite a toda a uma categoria de pessoas, o interesse público justifica a intervenção do Ministério Público" (pág. 350).

Contudo, essa postura não pode chegar a extremos. É claramente ofensivo à dignidade do recorrente limitar-lhe a prática de atos da vida civil. O argumento de que "o direito à saúde é indisponível" e que, portanto, não pode haver sua redução a um quociente monetário, é equivocado. A qualquer adulto saudável é dado, por exemplo, contratar ou rescindir um contrato de seguro-saúde. Qualquer pessoa pode optar por receber tratamento particular, pagando o preço correspondente, ou valer-se da saúde pública. Por que ao deficiente físico não pode ser dada, igualmente, essa opção? No acordo objeto de homologação, o deficiente físico não renunciou a um tratamento de saúde. Apenas optou pelo tratamento na rede pública. Não há, portanto, violação ao dispositivo indicado.

Forte nessas razões conheço do recurso especial, mas lhe nego provimento.

STJ - CERTIDÃO DE JULGAMENTO - TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0248581-6 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1105663 / SP

Números Origem: 200801009226 3260120010003042 45601 91566003 91566015

PAUTA: 04/09/2012 JULGADO: 04/09/2012

RELATORA: EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI

PRESIDENTE DA SESSÃO: EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. DR. JOSÉ BONI-

FÁCIO BORGES DE ANDRADA
SECRETÁRIA: BELA. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO: CENTRAL DE ÁLCOOL LUCÉLIA LTDA E OUTRO
ADVOGADO: PEDRO GASPARINI E OUTRO(S)
ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO
Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
A Turma, por unanimidade, negou 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.

INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PARA O CUSTEIO DA SAÚDE

STJ - AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.331.143 - MG (2012/0132611-3)
RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG E OUTRO
ADVOGADO: LAURIMAR LEÃO VIANA FILHO E OUTRO(S)
AGRAVADO: MARIA DAS GRAÇAS PINHO FERRAZ
ADVOGADO: CHRISTIANO OLIVEIRA PRATES E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DA SAÚDE. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ART. 165 DO CTN.

1. Está consolidado no âmbito do STJ o entendimento de que a pendência de julgamento de Embargos de Declaração em ADI não tem por efeito sobrestar Recurso Especial.
2. Uma vez declarada a inconstitucionalidade do tributo, a utilização dos serviços de saúde prestados pelo IPSEMG aos servidores públicos estaduais é circunstância irrelevante para o direito à repetição de indébito tributário, nos termos do art. 165 do CTN. Precedentes do STJ.
3. Não compete ao STJ, em Recurso Especial, mesmo para fins de pré-questionamento com vista à interposição de Recurso Extraordinário, a análise de violação a norma constitucional.
4. Agravo Regimental 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:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Mar-

ques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 18 de setembro de 2012(data do julgamento).
MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

STJ - AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.331.143 - MG (2012/0132611-3)
RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG E OUTRO
ADVOGADO: LAURIMAR LEÃO VIANA FILHO E OUTRO(S)
AGRAVADO: MARIA DAS GRAÇAS PINHO FERRAZ
ADVOGADO: CHRISTIANO OLIVEIRA PRATES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que deu provimento a Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

EMENTA:
APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – CUSTEIO-SAÚDE – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – NÃO CABIMENTO – CARÁTER CONTRAPRESTACIONAL DA ASSISTÊNCIA.

A assistência médico-hospitalar prestada pelo IPSEMG tem natureza contra prestacional, sendo incabível a restituição dos valores já descontados (fl. 101). A decisão agravada encontra-se na linha da jurisprudência do STJ, que entende que "a utilização dos serviços de saúde prestados pelo IPSEMG aos servidores públicos é irrelevante para a existência do direito à repetição de indébito tributário, pois tal circunstância não retira a natureza indevida da exação" (fls. 178-179). Os agravantes suscitam preliminarmente óbices ao conhecimento do Recurso Especial, nos termos das Súmulas 211/STJ e 280/STF. Alegam ainda que se faz necessário o sobrestamento do feito, em virtude da pendência de julgamento definitivo da ADI 3.106. No mérito, reiteram a tese de que não deve prosperar o pleito pela restituição da contribuição para o custeio da saúde dos servidores públicos e buscam o pré-questionamento de dispositivos constitucionais.

Requerem a reconsideração do decisum ou a submissão do feito à Turma (fls. 184-194).

É o relatório.

STJ - AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.331.143 - MG (2012/0132611-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 5.9.2012. A irresignação não merece acolhida. O Recurso Especial não esbarra nas Súmulas 211/STJ e 280/STF.

O Tribunal a quo, ao indeferir a repetição do indébito, enfrentou a questão disciplinada no art. 165 do CTN, que prevê o direito de o sujeito passivo, independentemente de prévio protesto, pleitear a restituição total ou parcial do tributo pago indevidamente, conforme se observa na fl. 103 do acórdão recorrido. Encontra-se atendido o requisito do prequestionamento do dispositivo legal invocado nas razões do Especial (fls. 123-124). Declarado inconstitucional o tributo pelo STF, o exame da questão relativa ao dever de repetir o indébito dispensa análise de direito local, uma vez que a matéria está regulamentada no CTN. Não se aplica à hipótese da Súmula 280/STF.

Está consolidado no âmbito do STJ o entendimento de que a pendência de julgamento de Embargos de Declaração em ADI não tem por efeito o sobrestamento de Recurso Especial (EDcl no AgRg no REsp 1.267.200/MG, Relator. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 13/6/2012; AgRg no REsp 1.305.791/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/6/2012).

No mérito, reitero que, uma vez declarada a inconstitucionalidade do tributo, a utilização dos serviços de saúde prestados pelo IPSEMG aos servidores públicos estaduais é circunstância irrelevante para o direito à repetição de indébito tributário, nos termos do art. 165 do CTN. Nesse sentido:

> TRIBUTÁRIO. IPSEMG. MINAS GERAIS. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. IRRELEVÂNCIA DO USUFRUTO DOS SERVIÇOS. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ADI. INVIABILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. A contribuição destinada ao custeio de serviços de saúde instituída pelo Estado de Minas Gerais já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.106/MG, Min. Eros Grau, Plenário, julgada em 14.04.2010. Por tal razão, a repetição do indébito tributário é devida, independentemente de ter havido ou não a utilização dos serviços de saúde pelos contribuintes. Nos termos do art. 165 do CTN, o único pressuposto para a restituição é a cobrança indevida do tributo, requisito esse devidamente preenchido no caso concreto. Precedentes.
> 2. A pendência de embargos declaratórios nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade que declarou a nulidade da compulsoriedade da contribuição não implica no direito ao sobrestamento do Recurso Especial. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1305791/MG, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 13/6/2012). TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SAÚDE. INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO.

1. A declaração de inconstitucionalidade de lei que institui contribuição previdenciária é suficiente para justificar a repetição dos valores indevidamente recolhidos. Precedentes.
2. "A pendência de julgamento, no STF, dos Embargos de Declaração na ADI 3.106 não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ" (AgREsp 1.273.365/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.2.12).
3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1312117/MG, Relator Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 28/05/2012).
Por fim, não compete ao STJ em Recurso Especial, mesmo para fins de pré-questionamento com vista à interposição de Recurso Extraordinário, a análise de violação a norma constitucional (EDcl no REsp 1.224.244/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/2/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.254.403/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/2/2012).
Diante do exposto, **nego provimento** ao **Agravo Regimental**.

É como voto.

STJ - CERTIDÃO DE JULGAMENTO - SEGUNDA TURMA
AgRg no
Número Registro: 2012/0132611-3 REsp 1.331.143 / MG
Números Origem: 10024102517984 10024102517984000 10024102517984001 10024102517984002 10024102517984003 102517984 24102517984 2517984452010 25179844520108130024
PAUTA: 18/09/2012 JULGADO: 18/09/2012

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN
PRESIDENTE DA SESSÃO: EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. DR. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS
SECRETÁRIA: BELA. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO
RECORRENTE: MARIA DAS GRAÇAS PINHO FERRAZ
ADVOGADO: CHRISTIANO OLIVEIRA PRATES E OUTRO(S)
RECORRIDO: ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG

ADVOGADO: LAURIMAR LEÃO VIANA FILHO E OUTRO(S)
ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Previdenciárias - Custeio de Assistência Médica

AGRAVO REGIMENTAL
AGRAVANTE: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG E OUTRO
ADVOGADO: LAURIMAR LEÃO VIANA FILHO E OUTRO(S)
AGRAVADO: MARIA DAS GRAÇAS PINHO FERRAZ
ADVOGADO: CHRISTIANO OLIVEIRA PRATES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

DEVE SER ASSEGURADO AO APOSENTADO A MANUTENÇÃO NO PLANO DE SAÚDE COLETIVO DO QUAL FAZIA PARTE ANTES DA APOSENTADORIA

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 531.370 - SP (2003/0047442-0)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE: ORLANDO GUARIEIRO E OUTROS
ADVOGADO: MÁRCIO VIEIRA DA CONCEIÇÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO: INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA
ADVOGADOS: ELENITA DE SOUZA RIBEIRO RODRIGUES LIMA E OUTRO(S)
CLEUDES PIRES RIBEIRO E OUTRO(S)

EMENTA
RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. APOSENTADORIA DO BENEFICIÁRIO. MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E VALORES DE CONTRIBUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 31
DA LEI 9.656/98. RECURSO PROVIDO.

1. Não obstante as disposições advindas com a Lei 9.656/98, dirigidas às operadoras de planos e seguros privados de saúde em benefício dos consumidores, tenham aplicação, em princípio, aos fatos ocorridos a partir de sua vigência, devem incidir em ajustes de trato sucessivo, ainda que tenham sido celebrados anteriormente.
2. A melhor interpretação a ser dada ao caput do art. 31 da Lei 9.656/98, ainda que com a nova redação dada pela Medida Provisória 1.801/99, é no sentido de que deve ser assegurada ao aposentado a manutenção no plano de saúde coletivo, com as mesmas condições de assistência médica e de valores de contribuição, desde que assuma o pagamento integral desta, a qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o que a ex-empregadora tiver que custear.
3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a

Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de agosto de 2012(Data do Julgamento)
MINISTRO RAUL ARAÚJO
Relator

STJ - CERTIDÃO DE JULGAMENTO - QUARTA TURMA
Número Registro: 2003/0047442-0 REsp 531.370 / SP
Números Origem: 1224964 1905594
PAUTA: 26/06/2012 JULGADO: 26/06/2012

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO
PRESIDENTE DA SESSÃO: EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. DR. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS
SECRETÁRIA: BELA. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO
RECORRENTE : ORLANDO GUARIEIRO E OUTROS
ADVOGADO : MÁRCIO VIEIRA DA CONCEIÇÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA
ADVOGADO : ELENITA DE SOUZA RIBEIRO RODRIGUES LIMA E OUTRO(S)
ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO
Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
Adiado para a sessão de 07/08/2012, por indicação do Sr. Ministro Relator.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 531.370 - SP (2003/0047442-0) (f)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE: ORLANDO GUARIEIRO E OUTROS
ADVOGADO: MÁRCIO VIEIRA DA CONCEIÇÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO: INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA
ADVOGADO: ELENITA DE SOUZA RIBEIRO RODRIGUES LIMA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO: Trata-se de recurso especial interposto por ORLANDO GUARIEIRO e OUTROS (esposa e filha), com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> "Ação de reafirmação de condições contratuais. Plano de assistência médica coletivo mantido por ex-empregadora. Beneficiário que nunca contribuiu para o plano de assistência médica, integralmente custeado pela empregadora, e que se aposentou antes de 02/01/99. Inaplicabilidade do art. 31 da Lei n.º 9.656/98. Inexistência de preenchimento dos pressupostos para obtenção de assistência médica. Exegese do art. 1º da Resolução 21/99, do CONSU. Renovação do contrato poderá observar o plano de cobertura assistencial anteriormente mantido, com os custos inerentes ao convênio de pessoa física. Respeito aos fins sociais da lei. Recurso improvido." (fl. 139)

Nas razões de recurso especial, às fls. 157/167, os ora recorrentes apontam violação ao art. 31 da Lei 9.656/98, alegando, em síntese, que deve a ora recorrida assegurar-lhes, após a aposentadoria, o "direito de manutenção como beneficiário do plano standard de cobertura assistencial, isentos de prazo de carência, nas mesmas condições de vigência do contrato de trabalho", inclusive no que diz respeito ao total do valor da mensalidade paga pela ex-empregadora em favor dos empregados em atividade. Afirma, nesse contexto, que a mencionada norma *"veio justamente proteger aqueles que, de há muito tempo mantém planos de saúde, impedindo, outrossim, manobras de convênios médicos que, levando em conta a delicada situação do idoso, impõem como condição de mantença do plano, sob as mesmas condições de que gozavam, exacerbado valor, abruptamente incompatível com os valores anteriormente praticados. Ora excelências, está claro o fim social a que se destinou à elaboração da Lei n. 9.656/98, foi justamente afastar práticas abusivas manipuladas por operadores de plano de saúde, que de forma inescrupulosa, submetiam os consumidores as suas absurdas exigências, no momento em que estes mais necessitassem dos serviços aqueles "*. Contrarrazões apresentadas às fls. 217/224.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

É o relatório.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 531.370 - SP (2003/0047442-0) (f)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE: ORLANDO GUARIEIRO E OUTROS
ADVOGADO: MÁRCIO VIEIRA DA CONCEIÇÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO: INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA
ADVOGADO: ELENITA DE SOUZA RIBEIRO RODRIGUES LIMA E OUTRO(S)

VOTO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): Os autores, ora recorrentes, ORLANDO GUARIEIRO e suas dependentes, na condição de esposa e filha inválida, pretendem com a presente ação sua manutenção como beneficiários de plano de saúde coletivo mantido pela ré-recorrida INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA, na modalidade *standard* , concedido e subsidiado integralmente pela ex-empregadora do primeiro, MANGELS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, aos seus empregados, por intermédio da recorrida.

ORLANDO GUARIEIRO, ex-empregado da citada empresa desde janeiro de 1970, e beneficiário do plano de saúde custeado pela empregadora desde 17 de agosto de 1980, aposentou-se em 2 de maio de 1994. A empregadora assegurou ao ex-empregado, gratuitamente, por mais cinco anos, até 30 de maio de 1999, a manutenção do plano de saúde coletivo, tendo em vista que assegurava e custeava aos empregados, com vinte ou mais anos de serviço, que se aposentassem até 1995, a preservação do benefício de assistência médico-hospitalar, nas mesmas condições, por mais cinco anos, contados da data do desligamento.

Antes do vencimento do prazo quinquenal, em maio de 1999, ORLANDO GUARIEIRO e suas dependentes no referido plano de saúde, em face de resistência da seguradora, ajuizaram intitulada *"ação ordinária de manutenção de condições contratuais "*, visando obter a preservação, com base no art. 31 da Lei 9.656/98, das mesmas condições e valor de mensalidade do plano de saúde coletivo de que até então eram beneficiários, decorrente do mencionado vínculo empregatício. Pretendem, assim, seja mantido o mesmo valor da mensalidade cobrada pela operadora de plano de saúde, conforme custeado pela antiga empregadora, assegurando-lhes paridade com o plano de saúde coletivo. Na exordial, pleiteia o autor, conjuntamente com sua esposa e filha, *"a condenação da ré a assegurar aos requerentes o direito de manutenção como beneficiários do Plano Standard, isentos de prazo de carência, nas mesmas condições de que gozavam quando da vigência do contrato de trabalho por tempo indeterminado. Outrossim, os requerentes se comprometem a assumir o pagamento integral do mesmo plano"* (fl. 8).

INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA, por sua vez, sustenta que, a partir de 30 de maio de 1999, a manutenção dos recorrentes no plano de saúde somente é possível na modalidade individual, de maior custo mensal, e não mais na coletiva, tendo em vista que os preços diferenciados agora devem ser arcados integralmente pelos beneficiários, e não mais pela ex-empregadora.

Os promoventes sustentam sua pretensão com base na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, a qual, dispondo sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, passou a vigorar em setembro de 1998. Em sua redação original, dispunha o art. 31 da Lei, invocado pelos recorrentes:

> "Art. 31. Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

§ 1º Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.
§ 2º Cálculos periódicos para ajustes técnicos atuariais das mensalidades dos planos ou seguros coletivos considerarão todos os beneficiários neles incluídos, sejam eles ativos ou aposentados.
§ 3º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º e 4º do art. 30."

A seguir, a referida norma foi alterada pela Medida Provisória 1.801/99 – e suas reedições -, que entrou em vigor em janeiro de 1999, passando o art. 31 a ter a seguinte redação:

"Art. 31. Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

(...)

§ 3º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do artigo anterior." (NR)

Não obstante as disposições advindas com a Lei 9.656/98, dirigidas às operadoras de planos e seguros privados de saúde em benefício dos consumidores, tenham aplicação, em princípio, aos fatos ocorridos a partir de sua vigência, devem incidir em ajustes de trato sucessivo, ainda que tenham sido celebrados anteriormente. A propósito, cita-se julgado desta Corte de Justiça:

"CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. PLANO DE SAÚDE. AIDS. EXCLUSÃO DE COBERTURA. CLÁUSULA POTESTATIVA. PRECEDENTES. PROVIMENTO.
I. É abusiva a cláusula contratual inserta em plano de assistência à saúde que afasta a cobertura de tratamento da síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS/SIDA).
II. As limitações às empresas de prestação de serviços de planos e seguros privados de saúde em benefício do consumidor advindas com a Lei 9.656/98 se aplicam, em princípio, aos fatos ocorridos a partir de sua vigência, embora o contrato tenha sido celebrado anteriormente, porquanto cuida-se de ajuste de trato sucessivo. Precedente.
III. Recurso especial provido."

(REsp 650.400/SP, Quarta Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe de 5/8/2010) "CIVIL. SEGURO-SAÚDE. PRÓTESE. IMPLANTE. COBERTURA. CLÁUSULA EXCLUDENTE. CONTRATO ANTERIOR À LEI N. 9.565/1998.
I. Caso em que autorizada, pela ré, a intervenção cirúrgica para a colocação de prótese, independentemente da existência da cláusula excludente.
II. A alegada retroatividade da Lei 9.656/98 é impertinente à espécie, porquanto se trata de

contrato de trato sucessivo e renovação continuada, ao que se aplica as disposição do novo diploma aos fatos ocorridos sob sua vigência, mormente se nada dá conta nos autos de que o contrato em questão não foi adaptado ao regime previsto na lei de 1.998. Precedente.
III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7/STJ).
IV. Recurso especial não conhecido."

(REsp 700.100/RS, Quarta Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julgado em 4/3/2010, DJe de 29/3/2010) Na hipótese, embora o primeiro promovente tenha obtido aposentadoria em 2 de maio de 1994, permaneceu incluído no plano de saúde coletivo que sua empregadora patrocinava para os empregados até 30 de maio de 1999, de modo que, quando do advento da citada Lei 9.656/98, com vigência desde o início de setembro de 1998, detinha ainda a condição de segurado de plano de saúde coletivo, decorrente de vínculo empregatício.

Assim, a exigência da operadora de que o aposentado se desvinculasse do plano coletivo e se filiasse ao plano individual somente ocorreu em maio de 1999, quando já estava em vigor a Lei 9.656/98. Portanto, a referida norma já estava em plena vigência quando surgiu a controvérsia entre os ora recorrentes e a operadora do plano de saúde quanto à manutenção da cobertura de assistência médica, nas mesmas condições de benefício e preço.

Nesse contexto, é plenamente aplicável o mencionado art. 31 da Lei 9.656/98, ao caso em exame. Não se trata de aplicação de nova lei a fato pretérito (aposentadoria), por retroatividade, mas de incidência de lei sobre contrato vigente na ocasião da edição da norma, merecendo a recusa da ora recorrida de manter os recorrentes no plano de saúde coletivo ser examinada à luz do texto legal vigente.

Não se ignora que, à época daquela exigência operada pela recorrida INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA, também se encontrava em vigor a Resolução n. 21, de 7 de abril de 1999, do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, que regulamentou o art. 31 da Lei 9.656/98, dispondo, em seu art. 1º, que: "para efeito do art. 31 da Lei nº 9.656/98, aplicam-se as disposições desta resolução ao aposentado que contribuiu para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, observados os prazos estabelecidos no caput daquele artigo e o contido em seu § 1°, no mesmo plano ou seu sucessor e se desligou da empresa empregadora a partir de 02 de janeiro de 1999".

Contudo, essa previsão da resolução do CONSU, restringindo a incidência do art. 31 da Lei 9.656/98 às aposentadorias ocorridas a partir de 2 de janeiro de 1999, não pode prevalecer. Isso, porque não poderia essa norma infralegal, no intuito de regulamentar a Lei, limitar o âmbito de sua aplicação no tempo, concebendo, do nada, data certa para identificação dos benefícios alcançados pela regra legal. A Lei 9.656/98, que entrou em vigor em 4 de setembro de 1998 (noventa dias após sua publicação que ocorreu em 4 de junho de 1998), não previu nenhuma limitação temporal da espécie.

Sendo a resolução ato normativo menor, que se subordina à lei, não poderia restringir, ampliar ou modificar direitos e obrigações previstos na Lei, a exemplo do que

sucede com o próprio poder regulamentar do Executivo (CF, art. 84, IV), cujos limites visam exatamente a fiel execução da Lei, sendo vedado, no ordenamento jurídico pátrio, a edição de "regulamentos autônomos ". Portanto, a Resolução 21/99 do CONSU não poderia validamente restringir o que a lei não restringiu, inovando a ordem jurídica.

Além disso, nos termos da jurisprudência desta Corte, a mencionada Lei 9.656/98 é autoaplicável, não necessitando de regulamentação para a produção dos efeitos nela previstos. Em se tratando de norma self-executing , contém todos os elementos necessários ao exercício dos direitos que assegura. Nesse sentido:

REsp 925.313/DF, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 26/3/2012; REsp 1.078.991/DF, Terceira Turma, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe de 16/6/2009; REsp 820.379/DF, Terceira Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 6/8/2007.

Cumpre, então, analisar a interpretação a ser dada à alteração promovida pela Medida Provisória 1.801/99 na redação do caput do transcrito art. 31 da Lei 9.656/98, tema abordado no v. acórdão recorrido.

A original do mencionado dispositivo legal dispunha assegurar ao ex-empregado aposentado "o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo". Com a alteração de redação promovida pela MP n. 1.801/99, a regra legal passou a dizer: "o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo" (grifou-se).

Discute-se, então, se a expressão "mesmas condições de cobertura assistencial" englobaria, além dos benefícios de assistência à saúde, também o preço da mensalidade do seguro a ser assumido pelo aposentado, ou seja, se o interessado teria assegurado o direito de pagar o mesmo valor per capita de contribuição que sua ex-empregadora paga à ora recorrida pelos empregados em atividade, no grupo segurado.

A respeito do tema, salutar interpretação foi dada pelo ilustre Desembargador Manoel Ricardo Rebello Pinho, que formulou o voto vencido no colendo Tribunal de origem, in litteris:

"Ora, se o art. 31, caput, da Lei n.º 9.656/98, assegura o direito à manutenção da cobertura assistencial 'nas mesmas condições', em que gozava o aposentado quando da vigência do contrato de trabalho, 'desde que assuma o pagamento integral do mesmo', impõe-se o reconhecimento de que: (a) os termos 'as mesmas condições da cobertura assistencial' se referem às obrigações devidas pelos interessados, quando da vigência do contrato de trabalho, ou seja, os mesmos serviços de assistência médica e os mesmos valores de contribuição e (b) enquanto os termos 'desde que (o aposentado) assuma o pagamento integral do mesmo' limitam a alteração do pagamento, apenas e tão-somente, quanto ao aspecto subjetivo, ou seja, a obrigação de pagamento da contribuição

passa a ser do beneficiário em substituição da ex-empregadora.

É de se ver que o legislador, pela referida norma, assegurou o direito à manutenção da cobertura assistencial 'nas mesmas condições' - ou seja, sem alteração das prestações devidas pelas partes, no que se refere à natureza e a valores - e, quanto ao pagamento, determinou apenas e tão somente a atribuir ao aposentado a obrigação pelo pagamento da contribuição, sem, contudo, nada dispor sobre a alteração de valores de contribuição.

(...)

É de ver que a interpretação da ré, no sentido de que os termos 'nas mesmas condições de cobertura assistencial' limitam o benefício do referido art. 31 à manutenção apenas e tão somente dos serviços de assistência médica do contrato coletivo, sem não abranger a preservação dos mesmos valores pagos, afronta os princípios de interpretação supra apontados, porquanto, friso, (a) quanto ao direito de manutenção das mesmas condições de cobertura assistencial existentes na vigência do contrato de trabalho o legislador regulou o todo e não apenas a parte relativa a prestação de serviços, e (b) quanto ao pagamento, o legislador não estabeleceu qualquer distinção a respeito de valores a serem pagos, somente atribuiu ao aposentado a obrigação de pagar a mensalidade em substituição da ex-empregadora." (fls. 152/153)

Com essas considerações, tem-se que a melhor interpretação a ser dada ao caput do art. 31 da Lei 9.656/98, ainda que com a nova redação dada pela Medida Provisória 1.801/99, é no sentido de que deve ser assegurada ao aposentado a manutenção no plano de saúde coletivo, com as mesmas condições de assistência médica e de valores de contribuição, desde que assuma o pagamento integral desta.

Entender em sentido diverso ensejaria o esvaziamento da norma, na medida em que retiraria do aposentado o benefício nela ínsito de ser mantido no plano de saúde coletivo, pois bastaria à operadora do plano de saúde ou seguradora promover forte majoração na prestação do seguro para forçar o segurado a se retirar do grupo. Dessa maneira, o aposentado acabaria migrando para outra operadora que lhe oferecesse plano individual mais favorável e com menor custo.

A regra dos arts. 30 e 31 da mencionada Lei teve como objetivo corrigir grave injustiça praticada contra o consumidor contribuinte de plano privado coletivo de saúde, o qual, após anos de contribuição, via-se compelido a contratar novo plano, quando, muitas vezes, já se encontrava idoso, tendo que se submeter, inclusive, a novos prazos de carência e a preços muito elevados. Por isso, essa norma assegura ao beneficiário, em caso de aposentadoria, sua permanência no mesmo plano coletivo de que era parte anteriormente, apenas tendo que pagar integralmente o preço devido à operadora do plano de saúde.

Essa é a exegese que mais se adequa à parte final do dispositivo legal que determina seja assumido pelo aposentado o pagamento integral da contribuição, sem mencionar nenhuma alteração no preço. Determinou-se apenas que o montante anteriormente custeado pelo ex-empregador (parcial ou integral) seja arcado, em sua totalidade, pelo próprio aposentado-beneficiário.

Desse modo, para o reconhecimento do direito previsto no caput do art. 31 da Lei 9.656/98, faz-se necessário que o aposentado preencha os seguintes requisitos: I) seja contribuinte de plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, em decorrência de vínculo empregatício; II) tenha contribuído pelo prazo mínimo de dez anos; III) assuma a integralidade da contribuição, ou seja, passe a arcar com a cota antes suportada pelo empregador.

Na hipótese, todos os requisitos foram preenchidos pelo autor da ação e, por conseguinte, por seus dependentes. Conforme delineado nas instâncias ordinárias, trata-se de aposentado que, embora não tenha contribuído diretamente para o plano de saúde coletivo, teve sua contribuição legitimamente custeada, por prazo superior a dez anos (de 17 de agosto de 1980 a 30 de abril de 1999), pela ex-empregadora, em virtude do vínculo empregatício existente entre ambos. Nesse contexto a cota do empregado, que sempre foi paga pelo empregador, pode ser considerada parcela salarial indireta, paga em nome e em favor do empregado, como cautelosa política de pessoal praticada pela sociedade empresária empregadora para evitar atrasos ou inadimplemento das parcelas das contribuições devidas ao plano pelos empregados.

Assim, ao aposentado e a seus dependentes deve ser assegurada a manutenção no plano de saúde coletivo, nas mesmas condições que gozavam quando da vigência do contrato de trabalho, desde que o aposentado assuma o pagamento integral da contribuição, a qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o que a ex-empregadora tiver que custear.

A jurisprudência desta Corte de Justiça vem, inclusive, assegurando sejam mantidas as mesmas condições anteriores do contrato de plano de saúde ao aposentado (Lei 9.656/98, art. 31) e ao empregado desligado por rescisão ou exoneração do contrato de trabalho (Lei 9.656/98, art. 30), in verbis :

"AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMPREGADO DEMITIDO. PRETENSÃO À PERMANÊNCIA EM PLANO DE SAÚDE OFERECIDO PELA EMPRESA. DIREITO PREVISTO NO ART. 30 DA LEI N.º 9.656/98.

1.- "O art. 30 da Lei n.° 9.656/98 confere ao consumidor o direito de contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, assegurado-lhe o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também

o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal." (REsp 820.379/DF, Rel. Min. NANCY

ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 6/8/2007)

2.- Agravo Regimental improvido."

(AgRg no AREsp 152.667/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe de 25/6/2012) "PLANO DE SAÚDE E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL. CONSUMO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 30 DA LEI 9.656/98. NORMA AUTO-APLICÁVEL, QUE PRESCINDE DE REGULAMENTAÇÃO.

1. O artigo 30 da Lei 9.656/98 confere o direito, após a cessação do vínculo laboral do autor, de ser mantido nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava durante a vigência de seu contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da contribuição.

2. O autor despendia R$ 110,75 (cento e dez reais e setenta e cinco centavos) pela assistência médico-hospitalar, e o empregador arcava com R$ 166,13 (cento e sessenta e seis reais e treze centavos), totalizando R$ 276,88 (duzentos e setenta e seis reais e oitenta e oito centavos). Com a mudança para outro plano, com pior cobertura, dentro do período em que o consumidor tinha direito a ser mantido no plano primevo, passou a pagar R$ 592,92 (quinhentos e noventa e

dois reais e noventa e dois centavos), não se podendo admitir que o tenha feito espontaneamente.

3. Os denominados deveres anexos, instrumentais, secundários ou acessórios revelam-se como uma das faces de atuação ou operatividade do princípio da boa-fé objetiva, sendo nítido que a recorrente faltou com aqueles deveres, notadamente os de lealdade; de não agravar, sem razoabilidade, a situação do parceiro contratual; e os de esclarecimento; informação e consideração para com os legítimos interesses do parceiro contratual.

4. Os artigos 6º, incisos III, IV, V, 46, 51, incisos I, IV, XV, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor e 16, inciso IX, da Lei 9.656/98 impõem seja reconhecido o direito de o autor permanecer no Plano em que se enquadrava, com as mesmas condições e cobertura assistencial, no período subsequente ao rompimento de seu vínculo empregatício com o Banco.

5. Todavia, como o artigo 30, § 1º, da Lei 9.656/98 impõe a manutenção do ex-empregado como beneficiário do plano de saúde, contanto que assuma o pagamento integral, pelo período máximo de 24 meses e, no caso, por força de antecipação dos efeitos da tutela, o autor permanece no denominado 'Plano Associado' desde o ano de 2003, não pode ser mais imposto à ré a manutenção do recorrido naquele Plano.

6. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 925.313/DF, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 26/3/2012) "Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Empregado demitido. Pretensão à permanência em plano de saúde oferecido pela empresa. Direito previsto no art. 30 da Lei n.º 9.656/98. Exercício condicionado à regulamentação pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por força do inciso XI, do 4.°, da Lei n.° 9.961/2000. Desnecessidade. Norma autoaplicável. Interpretação das leis ordinárias para dar máxima eficácia ao direito fundamental à saúde, assegurado no art. 196 da CF.

O art. 30 da Lei n.° 9.656/98 confere ao consumidor o direito de contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, assegurado-lhe o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal.

O art. 30 da Lei n.° 9.656/98 é norma autoaplicável, razão pela qual não tem sua eficácia condicionada à ulterior edição de qualquer instrumento normativo para produzir todos os seus efeitos, não havendo qualquer óbice à sua imediata e plena aplicabilidade.

O inciso XI, do 4.°, da Lei n.° 9.961/2000, não tem o propósito de regulamentar o direito conferido pelo art. 30 da Lei n.° 9.656/98, mas ampliá-lo, determinando que a Agência Nacional de Saúde Suplementar adote medidas 'para garantia dos direitos assegurados' nesse dispositivo. Recurso especial não conhecido."

(REsp 820.379/DF, Terceira Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 6/8/2007). Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial, assegurando aos recorrentes o direito de permanência como beneficiários do plano coletivo de saúde operado pela ora recorrida no contrato mantido com a ex-empregadora do autor aposentado, isentos de carência, nas mesmas condições de cobertura assistencial e de preço per capita do aludido contrato, arcando com o preço integral das contribuições, inclusive suas variações, sempre de acordo com o plano paradigma.

Ficam invertidos os ônus sucumbenciais.

É como voto.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 531.370 - SP (2003/0047442-0) (f)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, acompanho o voto do Ministro Raul Araújo, sobretudo porque o aposentado pagará integralmente a parte

que cabe à ex-empregadora e a si próprio, de forma que o atendimento da pretensão não me parece afetar o equilíbrio financeiro do contrato ao qual vinculada a apólice coletiva, na qual ele apenas permanecerá em igualdade de condições com os demais participantes, condições essas que são periodicamente negociadas entre a seguradora e a estipulante da apólice.

Diversa seria a solução, caso se pretendesse, sob o fundamento de ser o contrato de trato sucessivo, alterar, sem a readequação do pacto, os próprios termos das obrigações de cada uma das partes, o tipo de cobertura à qual se obriga o plano.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 531.370 - SP (2003/0047442-0) (f)

RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO

RECORRENTE: ORLANDO GUARIEIRO E OUTROS

ADVOGADO: MÁRCIO VIEIRA DA CONCEIÇÃO E OUTRO(S)

RECORRIDO: INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA

ADVOGADOS: ELENITA DE SOUZA RIBEIRO RODRIGUES LIMA E OUTRO(S)

CLEUDES PIRES RIBEIRO E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator e o cumprimento pelo brilhante voto. DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 531.370 - SP (2003/0047442-0) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI: Sr. Presidente, chamo a atenção quanto ao que o Ministro Antônio Carlos Ferreira destacou: as adaptações, as correções, afinal, seriam para aquela coletividade. E também, muito embora já esteja, felizmente, pacificada e até modificada nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, a portabilidade, que foi uma luta de anos dos beneficiários.

Esse plano, que não está em cogitação, chamo a atenção pelo detalhe que foi resgatado. E o pioneirismo da decisão quanto aos aposentados, como muito bem destacou V. Exa.

Acompanho o Sr. Ministro Relator e o parabenizo pelo seu voto.

Dou provimento ao recurso especial.

MINISTRO MARCO BUZZI

MINISTRO PRESIDENTE O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RELATOR O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO
Quarta turma – Sessão de Julgamento 07/08/2012

STJ - CERTIDÃO DE JULGAMENTO - QUARTA TURMA
Número Registro: 2003/0047442-0 REsp 531.370 / SP
Números Origem: 1224964 1905594
PAUTA: 07/08/2012 JULGADO: 07/08/2012

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO
PRESIDENTE DA SESSÃO: EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. DR. EDILSON ALVES DE FRANÇA
SECRETÁRIA: BELA. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO
RECORRENTE: ORLANDO GUARIEIRO E OUTROS
ADVOGADO: MÁRCIO VIEIRA DA CONCEIÇÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO: INTERMÉDICI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA
ADVOGADOS: ELENITA DE SOUZA RIBEIRO RODRIGUES LIMA E OUTRO(S)
CLEUDES PIRES RIBEIRO E OUTRO(S)
ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO
Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

A RECUSA DE PLANO DE SAÚDE EM COBRIR TRATAMENTO DE COBERTURA OBRIGATÓRIA ENSEJA DANO MORAL

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.736 - SC (2010/0129490-0)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE: NIZIA FERNANDES PRAZERES FERREIRA
ADVOGADO: ROSEANE DE SOUZA MELLO E OUTRO(S)
RECORRIDO: UNIMED GRANDE FLORIANÓPOLIS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO: RODRIGO SLOVINSKI FERRARI E OUTRO(S)

EMENTA
DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. EXAMES CLÍNICOS. RECUSA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA.

1. A recusa, pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, implica dano moral ao conveniado, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos. Precedentes.

2. Essa modalidade de dano moral subsiste mesmo nos casos em que a recusa envolve apenas a realização de exames de rotina, na medida em que procura por serviços médicos – aí compreendidos exames clínicos – ainda que desprovida de urgência, está sempre cercada de alguma apreensão. Mesmo consultas de rotina causam aflição, fragilizando o estado de espírito do paciente, ansioso por saber da sua saúde.

3. 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 vota-

ram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)
MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.736 - SC (2010/0129490-0)
RECORRENTE: NIZIA FERNANDES PRAZERES FERREIRA
ADVOGADO: ROSEANE DE SOUZA MELLO E OUTRO(S)
RECORRIDO: UNIMED GRANDE FLORIANÓPOLIS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO: RODRIGO SLOVINSKI FERRARI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto por NÍZIA FERNANDES PRAZERES FERREIRA, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SC.

Ação: cominatória cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais, ajuizada pela recorrente em desfavor de UNIMED REGIONAL GRANDE FLORIANÓPOLIS COOPERTIVA DE TRABALHO MÉDICO. Depreende-se da inicial que a recorrente mantinha plano de saúde junto à UNIMED, porém através da Cooperativa do Alto Vale, tendo cumprido integralmente o prazo de carência exigido, vindo, depois disso, a submeter-se a cirurgia para extração de tumor da coluna vertebral.

Ante à rescisão do plano pela Cooperativa do Alto Vale, a recorrente migrou para a Cooperativa recorrida, com a promessa de que não seria exigida nenhuma carência.

Todavia, ao tentar realizar exames de rotina, foi impedida sob a alegação de ausência de cobertura por ainda não ter expirado o prazo de carência.

Antecipação dos efeitos da tutela: concedida pelo TJ/SC em sede de agravo de instrumento, autorizando a recorrente a "realizar todos os exames e consultas, desde que tenham origem em complicações existentes em razão da retirada anterior do tumor da coluna vertebral e que estejam previstos no seu plano de saúde" (fl. 200/208, e-STJ).

Sentença: julgou parcialmente procedentes os pedidos, para obrigar a recorrida a "prestar à autora todos os serviços contratados, sem qualquer limitação de

quantidade, tempo, matéria ou forma", bem como para condená-la ao pagamento de indenização por dano moral arbitrada em R$10.500,00 (fls. 218/234, e-STJ).

Acórdão: o TJ/SC deu parcial provimento à apelação da recorrida, para afastar a condenação da cooperativa por danos morais (fls. 298/316, e-STJ).

Embargos de declaração: interpostos por ambas as partes, foram rejeitados pelo TJ/SC (fls. 328/336, e-STJ).

Recurso especial: alega violação dos arts. 6º, VIII e X, e 14 do CDC; e 186 do CC/02; bem como dissídio jurisprudencial (fls. 393/400, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/SC admitiu o recurso especial (fls. 459/461, e-STJ), determinando a remessa dos autos ao STJ.

É o relatório.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.736 - SC (2010/0129490-0)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE: NIZIA FERNANDES PRAZERES FERREIRA
ADVOGADO: ROSEANE DE SOUZA MELLO E OUTRO(S)
RECORRIDO: UNIMED GRANDE FLORIANÓPOLIS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO: RODRIGO SLOVINSKI FERRARI E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Cinge-se a lide a determinar se a descabida negativa de cobertura de exame médico levada a efeito por operadora de plano de saúde é causa geradora de danos morais.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que, à míngua de recurso por parte da cooperativa, tornou-se incontroverso nesses autos a sua conduta abusiva, ao pretender sujeitar a recorrente a novo prazo de carência. Ocorre que, não obstante tenha reconhecido que essa exigência foi injustificada, o TJ/SC ressalvou que a negativa da recorrida foi apenas para a realização de exames, situação considerada "corriqueira, não caracterizada a extrema urgência do procedimento negado pela ré, a ponto de encontrar a autora em risco iminente de sua saúde" (fl. 312, e-STJ).

O Tribunal local consigna, ainda, "não constar que a espera pela realização do exame até a concessão da antecipação dos efeitos da tutela tenha contribuído para eventual agravamento da enfermidade da autora", bem como que "mero inadimplemento contratual, por si só, não tem o condão de gerar reparação por abalo moral", concluindo que "o

experimentado pela autora constituiu-se em dissabor, a que todos estão sujeitos na vida em sociedade, não podendo ser alçado ao patamar de dano moral" (fls. 312/313, e-STJ).

Todavia, esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a recusa, pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, implica dano moral ao conveniado, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos.

No julgamento do REsp 657.717/RJ, 3ª Turma, minha relatoria, DJ de 12.12.2005, alçado a paradigma pelos recorrentes, consignei que, embora de regra nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, na hipótese específica dos contratos de seguro-saúde "sempre haverá a possibilidade de consequências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica".

Na realidade, da própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito material, é possível constatar consequências de cunho psicológico que são resultado direito do inadimplemento, dispensando-se a produção de provas nesse sentido. Depois do referido julgado, seguiram-se tantos outros de ambas as Turmas que compõem a 2ª Seção desta Corte, todos no mesmo sentido, pacificando a questão no âmbito do STJ.

Confira-se algumas decisões recentes: AgRg no Ag 1.353.037/MA, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 06.03.2012; AgRg no AREsp 17.200/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 10.11.2011; AgRg no REsp 1.253.696/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 24.08.2011; e REsp

1.167.525/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJe de 28.03.2011.

Nesse contexto, as ressalvas feitas pelo TJ/SC – no sentido de que a recusa envolveu apenas exames considerados de rotina, sem urgência e sem agravamento da enfermidade da autora – a meu ver não têm o condão de excepcionar o entendimento consolidado pelo STJ.

A procura por serviços médicos – aí compreendidos exames clínicos – ainda que desprovida de urgência, está sempre cercada de alguma apreensão. Mesmo consultas de rotina causam certa aflição, fragilizando o estado de espírito do paciente, ansioso por saber da sua saúde.

Aliás, essa condição em geral constituiu um dos motivadores da própria contratação de um plano de saúde. O associado, ciente de que a necessitar de um serviço médico, estará de alguma forma debilitado, quer assegurar o acesso livre e rápido, sem burocracias, aos médicos, hospitais e clínicas conveniadas, gerando-lhe a legítima expectativa de que, ao tentar utilizá-los, mesmo que para um simples exame de rotina, não surjam contratempos.

Ademais, na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a situação era delicada, na medida em que o próprio TJ/SC reconhece que os exames que a recorrente pretendia realizar, embora fossem corriqueiros, advinham de prévia cirurgia por ela realizada para extração de um tumor na coluna.

Diante disso, é de se pressupor que, ao ver-se impossibilitada de realizar esses

exames, a recorrente tenha de fato sofrido abalo psicológico, diante da incerteza sobre quando teria notícias sobre a evolução do seu quadro clínico, sobretudo eventual reincidência da doença que a levou a submeter-se ao procedimento cirúrgico.

Imperiosa, portanto, a reforma do acórdão recorrido, para restabelecer a condenação por dano moral imposta na sentença.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para o fim de restabelecer integralmente a sentença de fls. 218/234, e-STJ, inclusive no que tange à sucumbência.

STJ - CERTIDÃO DE JULGAMENTO - TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0129490-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1201736 / SC**

Números Origem: 20070089791 20070089791000100 20070089791000200 20070089791000300 23040560530

PAUTA: 02/08/2012 JULGADO: 02/08/2012

RELATORA: EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI

PRESIDENTE DA SESSÃO: EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. DR. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

SECRETÁRIA: BELA. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: NIZIA FERNANDES PRAZERES FERREIRA

ADVOGADO: ROSEANE DE SOUZA MELLO E OUTRO(S)

RECORRIDO: UNIMED GRANDE FLORIANÓPOLIS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

ADVOGADO: RODRIGO SLOVINSKI FERRARI E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu 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.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE MÉDICO E PLANO DE SAÚDE EM CASO DE ERRO MÉDICO

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 866.371 - RS (2006/0063448-5)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE : CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA
ADVOGADO: ANTÔNIO LUIZ ALLGAYER MENDONÇA E OUTRO(S)
RECORRIDO: MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO
ADVOGADO: DIEGO MARIANTE CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO: UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO: FERNANDO HACKMANN RODRIGUES E OUTRO(S)
INTERES.: SEBS HOSPITAL MÃE DE DEUS
ADVOGADO: MARINDIA JORGE E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso.

2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.

3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa.

4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília, 27 de março de 2012(Data do Julgamento)
MINISTRO RAUL ARAÚJO
Relator

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 866.371 - RS (2006/0063448-5)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE: CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA
ADVOGADO: ANTÔNIO LUIZ ALLGAYER MENDONÇA E OUTRO(S)
RECORRIDO: MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO
ADVOGADO: DIEGO MARIANTE CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO: FERNANDO HACKMANN RODRIGUES E OUTRO(S)
INTERES.: SEBS HOSPITAL MÃE DE DEUS
ADVOGADO: MARINDIA JORGE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO: Trata-se de recurso especial interposto por CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA, com fundamento no art. 105,

III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CULPA DEMONSTRADA. HOSPITAL E PLANO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE.*
>
> *Não responde por erro médico ocorrido dentro de suas instalações o hospital que não é empregador da profissional. Quanto ao plano de saúde, igualmente não deve responder pelos prejuízos pelo simples fato de a médica ser sua cooperada, máxime quando não foi quem indicou a mesma à autora. No que diz respeito à responsabilidade pessoal profissional, resta caracterizado que agiu com imperícia, devendo, portanto, arcar com os danos morais sofridos pela demandante. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA."* (fl. 650, e-STJ). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Nas razões de recurso especial (fls. 682/689, e-STJ), a ora recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação ao art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e ao art. 944 do Código Civil de 2002. Sustenta, em síntese, que:

> (I) a UNIMED é solidariamente responsável pelo dano moral infligido à autora da ação indenizatória;
> (II) há "indubitável responsabilidade da UNIMED pela imperícia de seus médicos, como in casu. Esses profissionais são selecionados e cadastrados por essa entidade, podendo, como claramente aqui foi demonstrado, serem até por ela recusados. Assim, aceitos e colocados à disposição dos subscritores dos planos de saúde, consubstancia-se aquela responsabilidade prevista no art. 1.521, III, do Código Civil de 1916, aplicável ao caso sub judice. Com especial relevância, ainda, para aquela advertência da própria UNIMED, constante a fls. 15 desses autos: 'A UNIMED não se responsabiliza pelos atos dos médicos por ela não credenciados.' Vale, então, reciprocamente, dizer que assume integral responsabilidade pelos atos dos médicos que integram seus quadros como prestadores de serviços. Foi exatamente a conclusão do eminente Ministro Aldir Passarinho Júnior naquele acórdão que, trazido com as presentes razões, consubstancia um das divergência ensejadoras do cabimento do recurso" (REsp 309.760/RJ);
> (III) o dano moral, em relação à atuação da médica, foi fixado em valor irrisório, tendo em vista a extensão do dano advindo de erro médico.
> Contrarrazões apresentadas pela UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, às fls. 743/754, e-STJ.

Não tendo sido admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte de Justiça, por força do provimento de agravo de instrumento pelo eminente Ministro Jorge Scartezzini (Ag 707.063/RS).

Observe-se que houve recurso especial também da médica, cuja responsabilidade fora reconhecida pela colenda Corte a quo, Dra. MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO. O referido recurso também não foi admitido na origem. No entanto, não foi interposto agravo, visando à reforma dessa decisão e à subida dos autos principais.

É o relatório.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 866.371 - RS (2006/0063448-5)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE: CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA
ADVOGADO: ANTÔNIO LUIZ ALLGAYER MENDONÇA E OUTRO(S)
RECORRIDO: MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO
ADVOGADO: DIEGO MARIANTE CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO: UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO: FERNANDO HACKMANN RODRIGUES E OUTRO(S)
INTERES.: SEBS HOSPITAL MÃE DE DEUS
ADVOGADO: MARINDIA JORGE E OUTRO(S)

VOTO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): A ora recorrente, CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA, sob o pálio da Justiça Gratuita, ajuizou ação de reparação por danos moral e estético contra a médica Dra. MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO, o hospital SOCIEDADE BENEFICENTE DO SUL - HOSPITAL MÃE DE DEUS e a operadora de plano de saúde UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, em virtude de erro cometido pela médica ré em cirurgia para retirada de cisto no ovário.

A ação foi julgada improcedente em primeira instância, tendo em vista a prova pericial colhida. Em sede de apelação, o colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendendo que a *"prova pericial (frise-se não é absoluta), ainda que aponte para a inocorrência de qualquer equívoco na realização da cirurgia, foi bastante evasiva em suas respostas aos quesitos"*, chegou a entendimento oposto (e-STJ, fls. 654/655).

Decidiu que o HOSPITAL MÃE DE DEUS e a UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO não poderiam ser responsabilizados pelo erro cometido pela médica, porquanto, de um lado, esta não era empregada do hospital e, de outro lado, não havia sido indicada à autora pela operadora do plano de saúde, embora fosse por esta credenciada como cooperada. Quanto à responsabilidade da profissional, aquela col. Corte, reformando a r. sentença, concluiu que estava caracterizada a culpa, condenando a médica a reparar o dano moral, no montante de seis mil reais (R$ 6.000,00), devidamente corrigidos.

Não tendo a ora recorrente impugnado, em seu recurso especial, a parte da decisão que excluiu a responsabilidade do hospital e não havendo recurso da médica quanto ao reconhecimento de sua culpa, passa-se ao exame apenas da responsabilidade da operadora do plano de saúde e do valor da indenização fixado na origem.

Os planos de saúde privados podem ser operados por companhias de seguro - os chamados seguros-saúde, por empresas de medicina de grupo, por cooperativas de serviços médicos e por entidades de autogestão ou filantrópicas. Todas essas entidades são reconhecidas como operadoras de plano de saúde, independentemente de sua forma de organização, nos termos do art. 1º da Lei 9.656/98 e devem obedecer às diretrizes e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Para tais hipóteses, há a possibilidade de celebração de contrato de seguros--saúde e de plano de saúde propriamente dito. O primeiro, abarcado pelo conceito tradicional de seguro, segundo o qual o segurado, mediante o pagamento de prêmio, transfere a probabilidade de perda financeira para a companhia de seguro que garante o risco. O segundo, por seu turno, é a modalidade de contrato em que o beneficiário--contratante, *"mediante o pagamento antecipado e periódico de um determinado preço, obtém de uma empresa a contraprestação consistente na realização de determinados tratamentos e atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais, a serem realizados por seus prepostos"*. (**SCAFF, Fernando Campos**. Direito à saúde no âmbito privado: Contratos de adesão,planos de saúde e seguro-saúde . São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 50/51).

A distinção mais marcante entre essas duas espécies de contrato funda-se no fato de que no seguro-saúde há, em regra, livre escolha pelo segurado dos médicos e hospitais e reembolso pela seguradora dos preços dos serviços prestados por terceiros, enquanto nos planos de saúde a própria operadora assume, por meio dos profissionais e dos recursos hospitalares e laboratoriais próprios ou credenciados, a obrigação de prestar os serviços.

Daí poder-se-ia concluir que:

> (I) se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais e reembolso das despesas no limite da apólice, não se poderia falar em responsabilidade da operadora do plano de saúde pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais é feita pelo próprio paciente ou segurado, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida operadora, sendo a responsabilidade direta do médico e/ou hospital;
> (II) se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, neste caso, não haveria como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.

Contudo, alerta **FERNANDO CAMPOS SCAFF**, que *"na prática há uma enorme aproximação entre tais modalidades de contratos, uma vez que é usual que as empresas de seguro--saúde indiquem, normalmente, uma lista de médicos, hospitais e laboratórios que a ela estão vinculados de modo permanente – e com os quais consegue preestabelecer custos e remunerações – e os quais remunera diretamente pelos serviços prestados diretamente, sem que ocorra o suposto reembolso dos segurados por pagamentos inicialmente feitos aos prestadores de serviços, agindo de modo análogo, nesse ponto, ao que realização as empresas de planos de saúde. Por outro lado, essas mesmas empresas de planos de saúde usualmente admitem, além da utilização de recursos que lhes sejam efetivamente próprios, outros*

que por elas tenham sido credenciados, e ainda outros não previamente indicados, em relação aos quais realizam, de modo total ou parcial, mero reembolso aos seus contratantes das despesas havidas com o atendimento prestado, agindo como se fossem, em realidade, verdadeiras seguradoras. Inclusive, essa proximidade entre as duas modalidades de contratos foi, de certa forma, reconhecida nos próprios termos da atual lei brasileira, em que ambos os tipos de empresas – seguradoras e de planos de saúde – foram tidas como operadoras, indistintamente " (ob. cit., p. 51).

Então, certo é que a operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor.

Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem médico, hospital e operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa, conforme os arts. 1.521, III, 1.523 e 1.524 do Código Civil de 1916 e arts. 932, III, 933 e 934 do Código Civil de 2002. Cabe, inclusive, ação regressiva da referida operadora contra o médico ou hospital que, por culpa, for o causador do evento danoso.

Nas palavras de **SÉRGIO CAVALIERI FILHO**:

> *"(...) Se escolheu mal o preposto ou profissional que vai prestar o serviço médico, responde pelo risco da escolha. A empresa locadora direta de serviços médico-hospitalares, credenciando médicos e hospitais para suprir as deficiências dos seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e estabelecimentos que seleciona.*
> *Com efeito, médicos e hospitais credenciados formam uma rede de serviços médicos hospitalares eficiente, atrativa e competitiva para atender à cativa clientela dos planos de saúde. Na verdade, há um pacto proveitoso para ambas as partes; médicos e hospitais aumentam a clientela e a empresa credenciadora, além de tornar os seus serviços mais eficientes, suportará menor encargo financeiro pagando despesas de hospitalização e honorários médicos previamente estabelecidos numa tabela. Por sua vez, segurados ou contratados procuram os médicos e hospitais credenciados (ou referenciados) não só porque nada têm a pagar, mas também porque confiam na indicação, acreditando tratar-se de instituições e profissionais competentes, criteriosamente selecionados pela empresa seguradora ou operadora do serviço.*
> ***Pois bem, essa sistemática gera responsabilidade solidária entre todos os participantes da cadeia de fornecedores do serviço, quer pela disciplina do art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, quer à luz do art. 932, III, do Código Civil, que trata da responsabilidade na preposição. "*** *(Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., rev. E atual., São Paulo: Atlas, 2010, pp. 402/403)*

Cumpre salientar que há diversos precedentes nesta Corte de Justiça que reconhecem a legitimidade de operadora de plano de saúde para figurar no polo passivo de demanda indenizatória movida por segurado, em razão de má prestação de serviço médico por profissional credenciado. A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - FALECIMENTO DO PACIENTE - PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA*

- AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausente a ocorrência de contradição e omissão no julgado recorrido, afasta-se a preliminar de negativa de prestação jurisdicional.

2. ***Em caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação indenizatória movida pelo associado, respondendo solidariamente pela má prestação do serviço médico.***

3. A revisão por esta Corte do montante fixado pelas Instâncias ordinárias a título de dano moral, exige que o valor tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, circunstância que não se verifica no caso concreto. A condenação solidária das rés por dano moral em R$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), tendo em vista o erro médico que resultou em óbito do paciente, não se encontra fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes.

4. Recurso improvido."

(AgRg no REsp 1.037.348/SP, Terceira Turma, Rel. Min. **MASSAMI UYEDA**, DJe de 17/8/2011 - grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXAME DO MÉRITO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - POSSIBILIDADE - INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - CRIAÇÃO DE VARA ESPECIALIZADA – COMPETÊNCIA ABSOLUTA - REMESSA DO FEITO EM ANDAMENTO - PRECEDENTE - INCAPACIDADE DA AUTORA - SÚMULA 7/STJ - PLANO DE SAÚDE - LEGITIMIDADE - DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADO - SÚMULA 7/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO."

(AgRg no Ag 1.385.555/BA, Terceira Turma, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe de 29/6/2011 - grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DE COOPERATIVA DE TRABALHOS MÉDICOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. A jurisprudência da Casa é tranquila em reconhecer a legitimidade passiva da cooperativa médica em demanda que se discute responsabilidade civil por suposto erro médico, pois a cooperativa tem por objeto a assistência médica e celebra contrato com seus associados, regulamentando a prestação de seus serviços de maneira padronizada, por meio dos médicos e hospitais a ela filiados.

2. Improvido o regimental, com aplicação de multa de 1%."

(AgRg no REsp 1.029.043/SP, Quarta Turma, Rel. Min. **LUIS FELIPE SA-**

LOMÃO, julgado em 12/5/2009, DJe de 8/6/2009)

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. ERRO EM TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CONFIGURADO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.

I. ***A empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para a ação indenizatória movida por filiado em face de erro verificado em tratamento odontológico realizado por dentistas por ela credenciados, ressalvado o direito de regresso contra os profissionais responsáveis pelos danos materiais e morais causados.***
II. Inexistência, na espécie, de litisconsórcio passivo necessário.
III. Cerceamento de defesa inocorrente, fundado o acórdão em prova técnica produzida nos autos, tida como satisfatória e esclarecedora, cuja desconstituição, para considerar-se necessária a colheita de testemunhos, exige o reexame do quadro fático, com óbice na Súmula n. 7 do STJ.
IV. Ausência de suficiente pré-questionamento em relação a tema suscitado.
V. Recurso especial não conhecido."

(REsp 328.309/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. **ALDIR PASSARINHO JUNIOR,** DJ de 17/3/2003 - grifou-se)

"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 309.760/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 18/3/2002 - grifou-se)

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO NO ATENDIMENTO PELA REDE CREDENCIADA. CIRURGIA DE URGÊNCIA REALIZADA EM NOSOCÔMIO DIVERSO. COBERTURA NEGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INCORREÇÃO. PROCEDIMENTO DA LIDE.

I. A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva.

II. Recurso conhecido e provido, para reconhecer a legitimidade passiva da ré e determinar o prosseguimento do feito."

(REsp 164.084/SP, Quarta Turma, Rel. Min. **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**, DJ de 17/4/2000 - grifou-se). Acerca da legitimidade passiva de operadora de

plano de saúde, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 328.309/RJ, assim se manifestou o eminente Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR:

> *"Em segundo lugar, a responsabilidade civil da 1ª ré, AMIL, deriva, em verdade, do próprio contrato de prestação de serviços celebrado com a autora, de modo que a lide poderia, na hipótese dos autos, ter-se desenvolvido sem a presença dos demais réus no polo passivo da demanda. No julgamento do REsp n. 309.760/RJ, examinando caso em que era a UNIMED parte, assim me manifestei sobre o tema, litteris: 'De efeito, a cooperativa ré tem por objeto a assistência médica, e para tanto realiza contrato com associados, regulamentando, de forma padronizada, a prestação de seus serviços, o que faz por intermédio de médicos a ela filiados, casas de saúde e laboratórios. A escolha do profissional não é exatamente livre pelo paciente. Ele a tem, porém, dentre aqueles profissionais cooperativados.*
>
> .....
>
> ***Ora, se é a Unimed quem oferece o plano de assistência médica remunerado, em que estabelece e faz a cobrança de acordo com tabelas próprias, traça as condições do atendimento e de cobertura, e dá ao associado um leque determinado de profissionais cooperativados ao qual pode recorrer em caso de doença, não é possível possa eximir-se de qualquer vinculação com a qualidade do serviço, como se fosse uma alienígena. É ela fornecedora dos serviços, à luz do CDC, e o causador do dano é cooperado seu. O atendimento médico deu-se por vinculação direta da Unimed com a associada e o profissional cooperado.***
>
> *Aliás, conquanto ainda não vigente à época do fato, a Lei n. 9.656, de 03.06.98, colocou uma pá de cal sobre o assunto, precisando, ainda mais, sobre tal responsabilidade. No julgamento do REsp n. 164.084 - SP, já havia destacado, como relator, que:*
>
> > *'A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva.' (4ª Turma, unânime, DJU de 17.04.00)*

No mesmo sentido foi, depois, a decisão da Egrégia 3ª Turma, em acórdão de relatoria do ilustre Ministro Ari Pargendler, assim ementado:

> *'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 n. 138.059 - MG, unânime, DJU de 11.06.01).'*

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> *'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.' ***Verifica-se, portanto, que se o tratamento foi realizado por profissionais credenciados ou autorizados pela AMIL, esta se torna responsável pelos danos causados, sem embargo, evidentemente, de se lhe reconhecer o direito de regresso contra aqueles que diretamente prestaram os serviços defeituosos.***
....."

A eg. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também teve oportunidade de examinar esse tema, concluindo que "quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam" (REsp 138.059/MG, Rel. Min. **ARI PARGENDLER**, DJ de 11/6/2001).

No julgamento desse recurso especial, a eminente Ministra **NANCY ANDRIGHI** proferiu voto, cuja transcrição é salutar:

"A recorrente se enquadra no conceito de fornecedor de serviço nos termos do art. 3º do C.D.C., bem como, o recorrido ao contratar e remunerar mensalmente a prestação de serviço que a qualquer momento poderia ser exigida, configura-se consumidor.
Com isso a análise e a solução do litígio deve observar os ditames do Código Consumerista, não obstante a vigência da Lei 9.656/98, que disciplina sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, cuidando exclusivamente da prestação de serviço e não dos efeitos do descumprimento ou de inexecução de uma relação com planos de saúde ou com seguros privados. Aliás a própria lei referida trata o contratante desta prestação de serviço pela qualificação de consumidor (art. 30).
A recorrente responde pela prestação que oferece seja no aspecto administrativo de assistência à saúde, bem como pela própria prestação de serviço-médico-hospitalar que é o objeto do seu contrato com o consumidor.
Nesta hipótese, estamos diante de responsabilidade por prestação de serviço na qual a fornecedora se utiliza de outrem para execução de assistência médica (o hospital e o médico).
No caso de responsabilidade civil por falta de outrem quando regida pelo CDC não se pode buscar apoio no art. 1.521, III do CC, que contemplando a responsabilidade subjetiva, impõe-se que as culpas sejam examinadas separadamente, porém quando a responsabilidade é objetiva há uma unidade entre o elemento subjetivo daquele que elege o realizador do serviço e do próprio realizador.
Esta unidade subjetiva é fruto de responsabilidade objetiva concebida para garantir a maior probabilidade da vítima ver-se indenizada com sucesso, independente de quem tenha sido o culpado efetivo no evento danoso. ***Em outras palavras, a operadora de planos de saúde, responde objetivamente pela eleição, escolha do plantel de profissionais que oferece a seus associados, bem como pelas instituições hospitalares, quando não for proprietária desta e, ainda, pelo acidente de serviço, independente de ter tido o profissional agido ou não com culpa.***
Por isso, fica afastada a possibilidade de a questão ser resolvida pelos arts. 1.521 cumulado com o art. 1.523 do CC, porque estes regem relações civis segundo as regras da responsabilidade subjetiva.
Perante o consumidor a responsabilidade da operadora, do hospital e do médico é objetiva e concorrente; porém a Responsabilidade entre estes responsáveis solidários enumerados, se rege pelo Código Civil, respondendo cada um nos limites da sua culpa.
A relação jurídica entre o plano de saúde e o médico não é de preposição, por isso não exige a necessária e integral subordinação, embora seja óbvia a existência de limites de

ação do médico em face das regras impostas pelo plano. O médico contratado pelo plano de saúde não é um empregado do plano, é um prestador de serviços autônomo que a operadora contrata para atender a convênios que firme com o objetivo de lucro. Portanto, responde concorrentemente porque contrata para em seu nome prestar o serviço que se comprometeu com os conveniados. *O objetivo do plano de saúde não se limita a administrar e cobrir os custos da prestação de serviço médico.* ***Além dessa prestação, assume a obrigação de prestar o serviço médico mediante profissionais qualificados e capazes de observarem as regras científicas e técnicas da ciência médica.*** *Por isso, qualquer acidente de consumo, isto é, falha no serviço prestado pelo médico, impõe-se a responsabilidade pelos danos para a operadora e o médico, sendo que aquela responderá objetivamente em virtude do risco proveito assumido pela empresa que desenvolve esta atividade com a finalidade de lucro. Ocorrendo o prejuízo ao usuário-consumidor, independente de culpa do terceiro contratado, pelas leis civis, ou pelas leis trabalhistas a operadora responderá pelo acidente de consumo. Esta é a força da responsabilidade objetiva e solidária que o CDC impõe com o objetivo claro de proteger e ampliar os meios de reparação aos danos que o consumidor sofra, assegurando na relação interna entre médico, hospital e plano de saúde, o exercício do direito de regresso, somente nesta última relação jurídica é que a responsabilização se fará mediante a avaliação da culpa do(s) agente(s), não se aplicando, por isso, a tese de separação da culpa proposta pelo recorrente.*

(...)

É evidente que há uma relação de consumo de serviço médico, e que a prestação viciada deste serviço atingiu a incolumidade física do consumidor, a quem não foi deferido livre arbítrio para a escolha do profissional.
Tem a cooperativa médica responsabilidade civil por ato de profissional da área de saúde, que elegeu para prestar o serviço em seu nome, após o atendimento de requisitos básicos para seu credenciamento.

(...)

O pagamento de mensalidade pela disponibilização de serviços médicos à medida da necessidade do consumidor impõe à UNIMED o dever de garantir o adequado tratamento ambulatorial, hospitalar, e de qualquer urgência médica contratada, prestação esta que deve ser adequada e suficiente, dentro dos padrões de qualidade inerentes à preservação da saúde do indivíduo. Não é menos certo afirmar que a Cooperativa médica, no ato de credenciamento do médico cooperado, perante os usuários de seus serviços, emite um aval de qualidade de serviço, de sua excelência." (grifou-se)

Ultrapassada a questão da legitimidade passiva ad causam, o cerne da controvérsia dos presentes autos consiste em saber se, no caso, a operadora de plano de saúde tem responsabilidade solidária, juntamente com a médica e/ou hospital, por erro originário da cirurgia realizada por profissional credenciada. Na hipótese, a ora recorrente, CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA, na qualidade de beneficiária do sistema de assistência médico-hospitalar da UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, foi submetida, na SOCIEDADE BENEFICENTE DO SUL - HOSPITAL MÃE DE DEUS, à cirurgia, presidida pela médica Dra. MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO, credenciada ao referido plano, para a retirada de

cistos do ovário.

Durante o procedimento cirúrgico, "a médica constatou a inexistência de útero e de ambos os ovários, verificando que o problema consistia em aderências intestinais, tratando-se de desfazê-las manualmente ", advindo a partir daí outras complicações, como fístula intestinal e infecção, que acabaram importando na submissão da paciente a outras cinco cirurgias, uma ainda no mesmo hospital e as outras no HOSPITAL ERNESTO DORNELES. Há notícias nos autos, inclusive, de que a paciente chegou a ficar em estado de coma (fls. 596 e 653, e-STJ).

Do evento danoso resultaram diversas sequelas definitivas, tais como a "instalação de tela na parede abdominal, que periodicamente deve ser substituída, dificuldades para relações sexuais, diarréia crônica ", e outros problemas de saúde para a paciente, os quais o eg. Tribunal de Justiça entendeu decorrentes daquela cirurgia (fls. 592/600 e 653, e-STJ).

Com base nessas considerações, infere-se que a UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, na condição de prestadora de serviço de assistência médica, é responsável solidariamente com a médica, cuja responsabilidade já fora reconhecida pelo colendo Tribunal local, pelos danos causados à ora recorrente em decorrência da má prestação do serviço.

No tocante ao montante reparatório, considerando-se os transtornos causados à recorrente e os danos morais sofridos, merece alguma majoração o valor fixado na origem em R$ 6.000,00 (em 22 de abril de 2004), com juros desde a citação (em 8 de abril de 1999). Entende-se devida a majoração do quantum indenizatório, respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para quinze mil reais (R$ 15.000,00), tendo em vista também que a promovente já apresentava anteriormente problemas em seu intestino.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial, para reconhecer a

responsabilidade solidária da UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, juntamente com a médica, Dra. MARILENE MARLI RAGGIO

SBROLGLIO, fixando a reparação por danos morais em R$ 15.000,00, com a devida incidência de correção monetária, a partir desta data, e de juros moratórios de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e de 1% ao mês a partir de então, computados desde a citação.

Os ônus sucumbenciais ficam assim distribuídos: a) a médica ré e a UNIMED devem arcar em favor da autora com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes no montante de 12% sobre o valor da condenação, devidamente corrigido, na forma do art. 20, § 3º, do CPC; b) a autora da ação deve arcar com as custas processuais em relação ao hospital e os honorários advocatícios, no montante de R$ 600,00, conforme já arbitrado nas instâncias ordinárias (fl. 656) e não impugnado no presente recurso especial.

É como voto.

STJ - CERTIDÃO DE JULGAMENTO - QUARTA TURMA
Número Registro: 2006/0063448-5 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 866.371 / RS
Números Origem: 00100387258 100387258 200501529698 70005925052
70010754398
PAUTA: 27/03/2012 JULGADO: 27/03/2012

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO
PRESIDENTE DA SESSÃO: EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. DR. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS
SECRETÁRIA: BELA. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO
RECORRENTE: CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA
ADVOGADO: ANTÔNIO LUIZ ALLGAYER MENDONÇA E OUTRO(S)
RECORRIDO: MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO
ADVOGADO: DIEGO MARIANTE CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO: UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO: FERNANDO HACKMANN RODRIGUES E OUTRO(S)
INTERES.: SEBS HOSPITAL MÃE DE DEUS
ADVOGADO: MARINDIA JORGE E OUTRO(S)
ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

É LEGÍTIMA A COBRANÇA DE TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, POIS ELA EXERCE PODER DE POLÍCIA, FATO GERADOR DA REFERIDA TAXA

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
APELAÇÃO CÍVEL 0016719-41.2000.4.01.3800 (2000.38.00.016827-9)/MG
Processo na Origem: 200038000168279

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA (Relator Convocado): Trata-se de apelação interposta pela ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS – AMAGIS contra a sentença de fls. 219/222 que julgou extinto o processo sem exame do mérito em relação à UNIÃO FEDERAL e julgou improcedente o pedido em relação à AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS.

Entendeu o Juízo sentenciante que:

> "A questão se esclarece com a leitura atenta do art. 18 da lei 9.961/00, que define como fato gerador o poder de polícia exercido pela ANS através da regulamentação e fiscalização das atividades desenvolvidas por operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde.
> Subjaz ao argumento da Autora, conquanto nada comprove, a alegação de que a ANS não estaria, efetivamente, realizando qualquer atividade fiscalizadora. Os documentos juntados pela Ré, às fls. 154/208, entretanto, são contundentes em demonstrar o contrário. Das transcrições do Diário Oficial da União constam inumeráveis atos praticados pela Diretoria de Fiscalização da ANS, tais como a aplicação de penalidades, a imposição de multas, notificações para alterações de termos contratuais e outros, demonstrando, de modo inequívoco, que a Autarquia vem exercendo, na prática, o poder de polícia que justificou a criação do tributo".

Apela a parte autora aduzindo, preliminarmente, a nulidade da sentença a quo em face do cerceamento o direito de defesa, ante o julgamento antecipado da lide. No mérito recursal, esgrime que a União é parte legítima para figurar no pólo passivo, a inconstitucionalidade da cobrança da taxa, em face da ausência de exercício efetivo de poder de polícia, bem como ante a coincidência entre sua base de cálculo e a base de cálculo dos impostos e violação ao princípio da legalidade.

Contrarrazões da União às fls. 261/265.

WILSON ALVES DE SOUZA
Relator Convocado

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
APELAÇÃO CÍVEL 0016719-41.2000.4.01.3800 (2000.38.00.016827-9)/MG
Processo na Origem: 200038000168279

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA (Relator): Do cerceamento de defesa Inicialmente cumpre ter em mira a prefacial de cerceamento de defesa alegada pela Apelante.

Aduz a Apelante que a sentença de 1º grau é nula posto que não lhe oportunizou a produção de provas. Assim não entendo. O cerne da controvérsia repousa na legalidade ou não da instituição da denominada Taxa de Saúde Suplementar instituída pela Lei 9.961/2000. Nesta esteira, entendo que a questão posta a exame é eminentemente jurídica, prescindindo, pois, de dilação probatória.

Da ilegitimidade da União Federal. A presente demanda tem por cerne, como já dito, discutir a legalidade/constitucionalidade da instituição da Taxa de Saúde Suplementar. No ponto, tem-se que a Taxa de Saúde Suplementar tem como fato gerador o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído (art. 18 da Lei 9.961/00), tendo como sujeitos passivos as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica (art. 19 da lei 9.961/00).

A receita do indigitado tributo, então, está vinculada a uma contraprestação do Estado em prol da coletividade (exercício regular do poder de polícia), a ser executada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Nessa linha de intelecção, comungo com o entendimento esposado pelo Juízo a quo para quem a União Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, eis que não suportará qualquer ônus decorrente da presente ação.

Conforme cediço, a Agência Nacional de Saúde é uma Autarquia Federal, possuindo, pois, personalidade jurídica própria e desvinculada da União Federal.

Ao contrário do quanto asseverado pela Apelante, o fato de estar-se a discutir a constitucionalidade de uma lei não obriga a participação da União Federal, haja vista ser a questão constitucional meramente incidental.

Ultrapassadas as questões prefaciais, assento que a Jurisprudência dos Tribunais

Regionais Federais tem se consolidado no sentido de que é constitucional e legítima a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar, a qual tem o objetivo de custear as atividades realizadas pela ANS no regular exercício de poder de polícia para fiscalizar os planos de saúde. Confiram-se:

> TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.961/00. PODER DE POLÍCIA. CONSTITUCIONALIDADE.
> 1. A Agência Nacional de Saúde é competente para fiscalizar as atividades concernentes à promoção da saúde (Lei nº 9.961/2000).
> 2. Constatado o efetivo poder de polícia exercido pela Agência, justifica-se a criação da taxa de saúde suplementar.
> 3. Legítima a exigência da mencionada taxa, instituída pela Lei 9.961/00, que guarda proporcionalidade em relação ao número de usuários e contratos de saúde, pois quanto maior o número destes, mais intensa e trabalhosa a atividade de fiscalização necessária ao fim último, que é o bem-estar social.
> 4. Inexiste inconstitucionalidade ou bitributação indevida, tendo em vista que, nos termos dos incisos I e II do art. 20 da Lei n.º 9.961/00, as bases de cálculo são distintas, sendo, no primeiro caso, cobrada pela fiscalização por planos de assistência à saúde, em função do número de usuários de cada plano, e, no segundo, por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referentes ao produto, alteração de dados referentes à operadora e pedido de reajuste de contraprestação pecuniária.
> 5. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da referida taxa, pois o art. 154, I, da Constituição, refere-se tão-somente a imposto. 6. Recurso conhecido e improvido"""".
> (TRF 2ª R. - AMS - APELAÇÃOEM MANDADO DE SEGURANÇA - 44098 - Processo: 200202010293314 UF: RJ- 3ª T. - Relator(a) JUIZ JOSE NEIVA/no afast. Relator - DJU DATA:09/03/2005 PÁGINA: 107)

> TRIBUTÁRIO - ANS - TAXA SUPLEMENTAR DE SAÚDE - LEI Nº 9.961/00. PODER DE POLÍCIA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. - Compete à União Federal legislar sobre planos de assistência a saúde, nos termos do art. 22, inciso XXIII da CRFB/88. Legitimando sua competência para instituir a TSS.
> - A Taxa de Saúde Suplementar, criada pela Lei nº 9.961/00, decorre do poder de polícia do Poder Público na fiscalização dos planos de saúde, garantindo aos consumidores desses planos a contraprestação realmente prometida pelas cooperativas, coibindo a prática de atos que não tenham suporte nos respectivos contratos.
> - Afastada a vedação constitucional da não interferência estatal no funcionamento das cooperativas (Art. 5°, inciso XVIII,da CF/88), na medida que estas passam a comercializar planos de saúde. Vantagem limitada, em respeito a um Estado Democrático de Direito e o equilíbrio das relações econômicas existentes no país.
> - Nos termos dos incisos I e II do art. 20 da Lei nº 9.961, as bases de cálculo do tributo em comento, a uma, cobrada pela fiscalização por planos de assistência à saúde, em função do número médio de usuários de cada plano, a duas, por registro de produtos e operadoras, alteração de dados referentes a produtos e operadoras, e pedido de reajuste de contraprestação pecuniária. - (omissis)
> - Recurso improvido. (TRF 2ª R. - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 43132 - Processo: 200202010164800 UF: RJ - 2ª T. - Relator(a) JUIZ SERGIO FELTRIN CORREA - DJU DATA:27/05/2004 PÁGINA: 118)

DIREITO CONSTITUCIONALE TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE COOPERATIVA PRESTADORA DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. EXIGIBILIDADE DA TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR INSTITUÍDA PELA LEI 9.961-2000. I - (omissis). III - Com a instituição da Taxa de Saúde Suplementar no art. 20 da Lei n.º 9.961-2000, o legislador ordinário seguiu, de maneira escorreita, os ditames constitucionais do art. 145, II e § 2°, visto que trata-se de contraprestação ao exercício do poder de polícia da ANS e não se utiliza de base de cálculo própria de imposto, sendo oportuno frisar, neste último aspecto,que a consideração do número médio dos usuários para fins de cálculo (inciso I do art. 20) guarda correlação com o custo da fiscalização, consistindo mero critério de aferição da intensidade e extensão do serviço. Do mesmo modo, a hipótese de incidência versada no inciso II do citado artigo 20, se identifica claramente com a atuação estatal no controle e fiscalização do registro e alteração dos produtos oferecidos pelas prestadoras de assistência à saúde. IV - (omissis) VI - Desprovimento da apelação. (TRF 2ª R. - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 44017 - Processo: 200202010281622 UF: RJ - 6ªT. - Relator(a) JUIZ ANDRE FONTES - DJU DATA:27/09/2004 PÁGINA: 137

Ressaltando a importância da saúde, a Constituição vigente a incluiu no Título da Ordem Social e no Capítulo da Seguridade Social. De acordo com o seu art. 196, in verbis:

"A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Ainda, o art 197, da Carta Magna dispôs, in verbis: "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".

Além da atuação do Poder Público, foi autorizada a participação de entes da iniciativa privada, que podem atuar complementarmente (§ 1º, do art. 199, da CF) ou de maneira suplementar (caput, art. 199, CF). As operadoras de serviço de saúde estão incluídas neste último grupo.

Em decorrência, foram promulgadas as Leis nº 9.656 - que dispôs sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde - e a referida Lei nº 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, como *"autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro – RJ, com prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde." (art. 1º)*, de modo que foi atribuído à ANS o poder de polícia para fiscalizar as prestadoras de serviço de saúde suplementar. Esta faculdade foi instituída tanto pela norma contida no seu artigo 1º, como pelo disposto no seu art. 4º, e seus incisos.

Ainda, o mesmo preceito instituiu a referida Taxa de Saúde Suplementar, determinando, no seu artigo 18, como fato gerador, o exercício do poder de polícia que foi atribuído à Agência Nacional de Saúde; no seu artigo 19, os sujeitos passivos desta obrigação tributária; e no seu artigo 20, incisos I e II, as bases de cálculo, in verbis:

"Art. 18. É instituída a Taxa de Saúde Suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído. Art. 19. São sujeitos passivos da Taxa de Saúde

Suplementar as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando à assistência médica, hospitalar ou odontológica.
Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:
I – por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;
II – por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente aos produtos, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme os valores constantes da Tabela que constitui o Anexo III desta Lei.
(...)".

A princípio, temos a questão do exercício do poder de polícia pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, legitimando a instituição das referidas Taxas de Saúde Suplementar.

Conforme o disposto no artigo 145, inciso II, da Constituição Federal e no artigo 77, do Código Tributário Nacional, a Taxa é uma espécie de tributo que *"têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição"*.

Por sua vez, o art. 78, do mesmo CTN, considera o poder de polícia a *"atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos"*. Ainda, em seu parágrafo único, foi destacado "Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.".

Nessa linha de intelecção, não há que se falar em inexistência de contraprestação para efetivar o exercício do poder de polícia. Conforme cediço, não há a exigência de que este poder seja efetivo ou específico. O Poder de Polícia encontra-se bem definido no referido art. 78, do CTN, supra transcrito, estando evidenciado na atividade da ANS de regular, controlar e fiscalizar as atividades das prestadoras de serviços de saúde suplementar.

Também, não restaram dúvidas acerca da natureza da exação em questão. Este tributo, como o próprio nome diz, é uma taxa, que além de estar legitimada pelo poder de polícia delegado a ANS, não tem base de cálculo própria de imposto.

A Taxa de Saúde Suplementar busca o ressarcimento do custo de fiscalização, não importando o valor do contrato da prestadora com seus usuários. Não se leva em consideração, em momento algum, os valores existentes nos contratos, ou seja, não se está avaliando a capacidade econômica do contribuinte, pelo contrário, o que serviu para a definição da base de cálculo é, exatamente, a atividade estatal desempenhada.

No que se refere à base de cálculo utilizada no inciso I, do art. 20, da Lei nº 9.961/2000, melhor sorte não atinge a Apelante.

Compulsando a legislação pertinente resta assente que é considerado o número médio de usuários de cada plano privado de assistência de saúde, levando em conta, assim, o volume de contratações.

É razoável inferir que o maior número de usuários resultará num custo maior para a fiscalização. Também, não há qualquer impedimento quanto às hipóteses de incidência dispostas no inciso II, do art. 20, da referida Lei, uma vez que o poder de polícia delegado a ANS inclui o controle e a fiscalização do "registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente aos produtos, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária".

Destaco que as atividades a serem fiscalizadas nos dois incisos são distintas; no primeiro caso diz respeito à atividade regular de fiscalização da Apelada; no segundo, a fiscalização recai sobre o próprio registro e os produtos oferecidos aos usuários, o que afasta qualquer possibilidade de bitributação.

No que tange à alegada violação ao princípio da legalidade, pontuo que a matéria já se encontra sedimentada pelos nossos tribunais, sendo assente a possibilidade de medida provisória instituir tributos. Nesse sentido:

> TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO LÍQUIDO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. MP N. 1.807/99 E REEDIÇÕES. POSSIBILIDADE. AFRONTA A ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOCORRÊNCIA. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL RESPEITADA. 1. "Como já pacificado na jurisprudência deste Tribunal, sendo legítima a instituição e a modificação de "tributos e contribuições sociais por medida provisória, instrumento a que a Constituição Federal atribui força de lei (AGRAG 236.976 e RE 138.284), não há de se falar em ofensa ao art. 246, da Constituição Federal, pois a Medida Provisória 1.807/99 e suas reedições não regulamentaram nenhuma das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 20/98 ao art. 195, da Constituição Federal" (AMS 2000.38.00.012503-1/MG, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ de 14-07/2006, p. 75; AC 200633000051847, Rel.: JUIZ FEDERAL OSMANE ANTÔNIO DOS SANTOS (CONV.), e-DJF1 17/04/2009 PAGINA:931). 2. No julgamento do RE 232.896/PA, Rel. Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que não perde eficácia a medida provisória com força de lei não apreciada pelo Congresso Nacional, desde que reeditada por meio de nova medida provisória dentro do prazo de validade. 3. Conta-se o prazo nonagesimal a partir da publicação da primeira medida provisória que tiver instituído ou modificado o tributo. Precedentes da Suprema Corte. 4. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento.(AMS 200033000003621 – 7ª Turma Suplementar – TRF-,; e-DJF1 27.01.2012)

Melhor sorte não atinge a Apelante no que concerne a alegação de violação ao princípio da anterioridade. Veja-se:

> TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS (LEI Nº 9.961/2000) - PODER DE POLÍCIA (CF/88 [ART. 145] E CTN [ART. 78]) - PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. 1- A Agência Nacional de Saúde, autarquia sob regime especial, foi criada pela MP nº 1.928, de 25 NOV 1999 (com reedições), convertida na

Lei nº 9.961, de 28 JAN 2000, com atuação em todo território nacional, para regular, normatizar e controlar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. A Taxa de Saúde Suplementar é cobrada de entidades que operam contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde e seu valor será o produto da multiplicação de R$ 2,00 pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde. 2- A Taxa de Saúde Suplementar arrecadada pela ANS é cobrada em razão do poder de polícia (art. 145, II, CF), regulando prática de ato em razão do interesse público (saúde), pois é em razão da fiscalização, a cuja sujeição estão obrigadas as entidades que operam contrato de assistência à saúde (e que se realiza por interesse da sociedade), que é exigida a exação. O exercício do poder de polícia atinente às atividades de fiscalização da saúde, pois, envolve custeio via "taxa" (não impostos). 3- Não viola o princípio da anterioridade a previsão da Lei nº 9.961/2000 de cobrança da Taxa de Saúde Suplementar no mesmo exercício de sua edição quando resulta da edição de MP (Nº 1.928/99 e reedições) eficaz no exercício anterior. 4- A Taxa de Saúde Suplementar é devida pelas entidades que operam contratos de assistência à saúde mesmo que tal assistência seja prestada por intermédio de uma outra pessoa jurídica, pois é a pessoa física que usufrui do plano de saúde, razão por que esses usuários são compreendidos pela base de cálculo da exação. 5- A TSS também incide sobre os contratos de prestação de serviços médicos e hospitalares firmados sob a modalidade de pagamento "custo operacional ou serviços prestados", sendo indiferente, para fins de incidência da exação, se a utilização dos serviços postos à disposição é facultativa ou se a paga é posterior à sua prestação. 6- Apelação não provida. 7- Peças liberadas pelo relator, em 14 /09/2010, para publicação do acórdão.(AC 200633000050355 – 7ª Turma – TRF-1; e-DJF1 24.09.2010).

Do exposto, nego provimento à apelação.

WILSON ALVES DE SOUZA
Relator Convocado

EQUÍVOCO NA IDENTIFICAÇÃO DO SEXO DO BEBÊ NÃO ENSEJA DANO MORAL

TJPR - APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025260-61.2010.8.16.0017 (922.205-7), DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE MARINGÁ
APELANTE 1: ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE BOM SAMARITANO
APELANTE 2: ELAINE MIKA KAMIKAWA
APELADOS: POLLYANA ELLEN BARBON

RELATOR: DES. HÉLIO HENRIQUE LOPES FERNANDES LIMA
APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXAME DE ECOGRAFIA OBSTÉTRICA. EQUÍVOCO NA IDENTIFICAÇÃO DO SEXO DO BEBÊ. ANÁLISE LABORATORIAL QUE NÃO SE PRESTA ESPECIFICAMENTE PARA TAL FIM. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. SITUAÇÃO QUE NÃO CONFIGURA DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO 1 PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO 2 PROVIDO.

1. A finalidade do exame de ecografia obstétrica é o de verificar a vitalidade e formação do feto (e não a identificação do sexo, o que é feito por curiosidade dos pais), não se podendo ter certeza absoluta do sexo do bebê, pois são vários os fatores que influenciam no diagnóstico. 2. O nascimento de um filho, qualquer que seja o seu sexo, traz, no círculo familiar, inegável alegria e agitação, sentimentos incompatíveis com o dano moral. 3. Não se encontram presentes os requisitos do artigo 17 do Código de Processo Civil a autorizar a condenação da autora às penas de litigância de má-fé.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de apelação cível nº 0025260-61.2010.8.16.0017 (922.205-7), da 5ª Vara Cível da Comarca de Maringá, em que figura como apelante 1 ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE BOM SAMARITANO, apelante 2 ELAINE MIKA KAMIKAWA e apelada POLLYANA ELLEN BARBON.

RELATÓRIO

POLLYANA ELLEN BARBON ingressou com ação de indenização por danos materiais e morais, (autuada sob nº 25260/10) em face de ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE BOM SAMARITANO, ELAINE MIKA KAMIKAWA, OSMAR BRASIL DA ROCHA e SALVADOR PECCUARE TESSAROLLO, objetivando reparação de danos decorrentes de ato ilícito dos requeridos, decorrentes de erro em identificação do sexo do feto que na época gestava a requerente. O MM. Juiz Sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido inicial para:

a) extinguir o feito em relação aos requeridos Salvador Peccuare Tessarollo e Osmar Brasil da Rocha, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$500,00 (quinhentos reais) para cada procurador;

b) condenar solidariamente a Associação Beneficente bom Samaritano e Elaine Mika Kamikawa ao pagamento, em favor da autora, de R$5.000,00 (cinco mil reais) a titulo de dano moral, com atualização monetária pela média dos índices IGP--DI e INPC a partir da publicação da sentença, e juros de mora a partir da citação.

Por fim, condenou reciprocamente as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, na proporção de 20% (vinte por cento) para a parte autora e 80% (oitenta por cento) para os réus, observada a condição do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformados, os requeridos recorrem à este E. Tribunal de Justiça.

Sustenta a Associação Beneficente Bom Samaritano, em síntese:

a) que o hospital não é responsável pelos fatos narrados na inicial, pois este só responde quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é única e exclusiva do nosocômio;

b) que a autora deve ser considerada litigância de má-fé, nos termos do artigo 17, inciso II do Código de Processo Civil;

c) que o hospital é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, eis que não houve qualquer erro de conduta que possa ser atribuído à parte;

d) que de acordo com o prontuário médico, o bebê nasceu saudável, sem qualquer ocorrência;

e) que não há qualquer prova concreta acerca da ocorrência de danos, eis que o bebê nasceu forte e saudável, não havendo qualquer prejuízo no engano do sexo da criança;

f) que não há danos morais no caso dos autos, pugnando, subsidiariamente, pela minoração do valor arbitrado;

g) que o dano material não restou demonstrado cabalmente, pelo que não pode ser responsabilizado o hospital; h) inversão dos ônus de sucumbência.

Já a requerida Elaine Mika Kamikawa também interpôs recurso de apelação cível 2 (fls. 478-490), onde sustenta:

a) a inexistência dos pressupostos para caracterizar a responsabilidade civil, pelo que deve ser afastada a condenação;

b) que o exame de ultrassom fora conduzido de acordo com as normas técnicas, sem nenhuma complicação, e que, ademais, a conduta médica é obrigação de meio e não de resultado;

c) que vários fatores influem direta e totalmente na avaliação do sexo do feto, não sendo este, inclusive, a finalidade do exame de ultrassom;

d) que inexistem danos morais no caso dos autos, não havendo qualquer ofensa no nascimento de uma saudável criança do sexo masculino, quando diagnosticado em ultrassom ser o feto do sexo feminino;

e) subsidiariamente, pugna pela redução do valor arbitrado a título de danos morais;

f) afastando-se a condenação arbitrada em primeira instância, pede pela inversão dos ônus de sucumbência; subsidiariamente, pugna pela aplicação da sucumbência mínima.

Recebidos os recursos (fl. 496) e apresentadas contrarrazões recursais (fls. 498-505 e 506-510), vieram os autos a esta corte para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito recursal, cabe um breve retrospecto fático do ocorrido. Aduz a autora que, grávida de seu primeiro filho, realizou acompanhamento médico pré-natal no estabelecimento da primeira apelante (Associação Beneficente Bom Samaritano), realizando vários exames. Dentre os exames requeridos, realizou exame de ecografia obstétrica, ocasião em que foi informada que o feto tratava-se de uma menina.

Relata que referido fato fora causa de muita alegria, pelo que a requerente e sua família começaram a preparar o enxoval cor-de-rosa, e escolheram o nome de Amanda para o bebê. Refere ainda que realizado evento "chá-de-bebê", ganhou vários presentes e utensílios para bebê todos em tons de rosa e lilás, devido ao fato de o nascituro ser do sexo feminino.

Afirma que entrou em trabalho de parto no dia 27/01/2009, sendo submetida a realização de cirurgia cesárea. E, para sua surpresa, veio a saber que a criança tratava-se de um menino.

Menciona que a situação lhe causou espanto, desapontamento, frustração e abalo psíquico, pois durante toda a gestação preparou-se para receber a "Amanda", mas quem veio ao mundo fora o João Luiz.

Diante do alegado erro médico e de informação, a autora propôs ação de indenização por danos materiais e morais, à qual foi dado parcial provimento. Da r. sentença, as partes recorridas interpuseram recurso de apelação cível, pelo que passo à análise recursal.

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade - tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo -, e intrínsecos - legitimidade, interesse e cabimento -, merecem ser conhecidos os recursos de apelação cível 1 e 2.

Como ambos os recursos insurgem-se sobre a ocorrência de danos morais e dever de indenizar, farei a análise conjunta dos apelos 1 e 2.

Inconformados com a sentença de parcial procedência dos pedidos iniciais, condenando solidariamente Associação Beneficente Bom Samaritano e Elaine Mika Kamikawa ao pagamento de R$5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, com juros e correção monetária, os réus recorrem a este Tribunal.

Alegam que, no caso dos autos, inexiste o dano moral, eis que o exame de ecografia foi realizado de acordo com os padrões técnicos, e que não houve qualquer prejuízo à autora, eis que o bebê nasceu forte e saudável, sem qualquer ocorrência durante o parto.

E, neste cerne, com razão os apelantes.

Para que se estabeleça o dever de reparar o dano, necessário a presença de três elementos, a saber: o dano, o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa "lato sensu" (culpa ¬ imprudência, negligência ou imperícia ¬ ou dolo) do agente.

No caso dos autos, ausentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil. Veja-se que, da análise dos autos e provas a ele colacionadas, sobretudo da oitiva das testemunhas (cd-ROM de fl.171), afere-se do depoimento da testemunha técnica, médico radiologista, Dr. Lai Pon Men, que não há como se afirmar, com absoluta certeza, qual o sexo do bebê, pois esse diagnóstico depende de vários fatores, como a posição do feto, as condições de saúde da mãe, etc. Vejamos:

> "Juiz: E pra dar certeza quanto ao sexo, é possível? Depoente: Doutor, é o seguinte, certeza, certeza absoluta, sabe que estatisticamente há falhas em determinar o sexo. Como eu falei pra você na literatura de dezoito semanas em diante você tem condições de determinar o sexo, se as condições e matérias permitirem ou a posição da criança, condições viáveis para se fazer o exame. Se não houve esta condição é difícil. Tem gente que até o final da gestação não consegue determinar o sexo.
> Juiz: Qual a finalidade do exame de ultrassonografia vital? Depoente: Basicamente é assim, a avaliação de ultrassom a princípio é pra você ver a viabilidade fetal, a vitalidade, se está vivo ou não, com o passar da gestação você vai avaliar também se esta criança, se ela tem má formações ou se ela está evoluindo bem, porque tem crianças que não tem uma formação regular, tem outras complicações que pode comprometer a saúde desta criança. Então o ultra-som é basicamente feito pra isso, pra ver se a criança está evoluindo bem e se ela não estiver evoluindo bem, se há condições, se tem como ajudar, ou seja, antecipando o parto ou você já está sabendo que tem problema com esta criança, você se preparar pra recebê-la.
>
> (...)
>
> Juiz: Quando faz o exame, a mãe chega e fala que quer saber se é menino ou menina, é respondida essa pergunte? Depoente: Quando você consegue determinar o sexo, sim. Agora,

quando você não consegue determinar o sexo, aí não tem jeito.
Juiz: E esta determinação é garantida ou não, pode ter falha? Depoente: Não, pode ter falhas.
Juiz: E isso é passado pra paciente ou não? Depoente: No dia-a-dia? Vai depender da conduta profissional.
Juiz: Existem fatos que podem dificultar? Depoente: Existem.
Juiz: Quais são? Depoente: Bom, no caso se a mãe for uma pessoa muito obesa e a posição fetal, se a criança estiver sentada, estiver com as pernas cruzadas; você ter um cordão umbilical que as vezes se enrola e fica na frente atrapalhando as imagens. São fatores que podem atrapalhar na avaliação" (fls. 414-415).

Ora, de toda a explanação técnica, harmoniosa com o restante das provas carreadas aos autos, conclui-se que, a uma, a finalidade do exame de ecografia obstétrica é o de verificar a vitalidade e formação do feto (e não a identificação do sexo, o que é feito por curiosidade dos pais) e, a duas, que não se pode ter certeza absoluta do sexo do bebê, pois são vários os fatores que influenciam no diagnóstico.

Deste modo, não há que se falar em ato ilícito perpetrado pelos apelantes 1 e 2, extraindo-se dos fatos que o bebê, não obstante tenha nascido com sexo diverso do informado à mãe (o que é passível de falhas, como demonstrado), nasceu com vida e saudável, também não havendo qualquer complicação no parto.

A falta de provas consistentes acerca das acusações feitas aos requeridos leva à reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o feito.

Como se vê, a situação danosa descrita pela autora na inicial, reprisada em grau recursal, veio desacompanhada de elementos de prova hábeis a responsabilizar civilmente os réus e, de consequência, justificar o pedido de indenização.

Insuficientes para a comprovação dos fatos as alegações deduzidas pela requerente, eis que desconstituídas pelas provas colacionadas aos autos.

Sob esta ótica, a autora/apelada não cumpriu satisfatoriamente com o ônus da prova, acerca da ocorrência do fato constitutivo de seu direito, consoante o art. 333, inc. I, do CPC.

MOACYR AMARAL SANTOS ensina:

"Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos da prova das alegações que fizer. Ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito; ao réu a prova dos atos que, de modo direto, ou indireto, atestam a inexistência daqueles (prova contrária, contraprova). Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo, ou modificativo". ("Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 2 v., Saraiva)

Leciona NELSON NERY JÚNIOR:

"O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte". (Código de Processo Civil Comentado. 10ª ed. SP: RT,

2007, p.608).

E ainda, EGAS MONIZ DE ARAGÃO:

"O melhor, sem dúvida, é o que a lei adota em decorrência da aplicação da teoria do ônus da prova: autoriza o magistrado a julgar em desfavor daquele a quem incumbia produzir a prova necessária a convencê-lo e ou não o fez ou, embora fazendo-o, fê-lo insuficientemente e por isso não logrou o resultado pretendido (formar o convencimento do julgador)". (Exegese do Código de Processo Civil, AIDE, vol. IV, Tomo I, n. 55, p. 86).

No mesmo sentido, destaco a seguinte decisão:

"O ônus da prova é regra de julgamento, cabendo ao magistrado, quando da prolação da sentença, proferir decisão contrária àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu." (TJPR, 11ª Câm. Cív., Ac. 1550, Rel. J. J. Guimarães da Costa, DJ: 13/01/2006)

Só por isso, a pretensão da autora não merece prosperar. Ademais, o dano moral se mostra evidenciado quando há uma profunda alteração psicológica na esfera social de um indivíduo e não um mero aborrecimento, raiva ou mágoa passageira.

Nesse sentido:

"É sabido que o mero dissabor, o aborrecimento, a irritação ou a sensibilidade exacerbada, não têm o condão de acarretar o dano moral, menos ainda, de constituir título indenizatório". (TJPR - 15ª C. Cível - AC 0471872-9 - Londrina - Rel.: Des. Jucimar Novochadlo - Unânime - J. 26.03.2008)

Oportuna a lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

"(...) só deve ser reputado com dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a--dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos". (Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, páginas 83/84)

Ou ainda como leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"(...) a vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber um soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo Juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vis-

ta as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, nº 49, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 60)

Ora, não há que se negar, levando-se em conta o homem médio, que o nascimento de um filho, qualquer que seja o seu sexo (genitália externa) é uma dádiva, não podendo, de modo algum, ser tomado como acontecimento frustrante ou lamentável, passível de abalo psicológico. O bebê nasceu perfeito e saudável (fl. 37), pelo que não há que se falar em danos morais.

Referida surpresa e espanto ao conhecer o sexo do bebê quando do seu nascimento, não pode, de qualquer maneira, ser tido como evento desagradável ou lamentável. O nascimento de um filho traz, no círculo familiar, inegável alegria e agitação, sentimentos incompatíveis com o dano moral.

Neste sentido, a jurisprudência desta E. Corte:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - GRAVIDEZ - EXAME DE ULTRASSONOGRAFIA - ERRO NA INDICAÇÃO DO SEXO DO BEBÊ - DANO MORAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NÃO SENDO, NO CASO, POSSÍVEL A SUA PRESUNÇÃO, ADMITIDA EM DETERMINADAS CIRCUNSTÂNCIAS - DANO MATERIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO." (TJPR. Acórdão 2666.

Apelação Cível 1.0171312-2. 9ª Câmara Cível. Rel.: Des. Marco Antonio de Moraes Leite. Julg. 01/06/2006. Unânime.)
"APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAL E MATERIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA, NÃO CARACTERIZADO. PROVA PRODUZIDA QUE É SUFICIENTE PARA A COMPOSIÇÃO DA LIDE. EQUÍVOCO EM EXAME LABORATORIAL. ULTRASSOM, ONDE CONSTATOU COMO FEMININO O SEXO FETAL, ENQUANTO QUE NASCEU UM MENINO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. NÃO HÁ DANO MORAL COM O NASCIMENTO DE UM BEBÊ DO SEXO MASCULINO, AINDA QUE A EXPECTATIVA FOSSE DO NASCIMENTO DE UMA MENINA. DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS: AUSÊNCIA DE PROVAS. RECURSOS NÃO PROVIDOS." (TJPR. Acórdão 18591. Ap Cível 0589288-4. 8ª Câmara Cível. Rel.: Des. Jorge de Oliveira Vargas. Julg. 15/10/2009. Unânime.)

Do corpo deste último julgado, extrai-se que:

"Não merece outro destino o recurso de apelação, pois o nascimento de um menino, ainda que houvesse a expectativa do nascimento de uma menina, não pode, em absoluto, ser considerado um dano moral, pois a vinda de um bebê, deste ou daquele sexo, lindo como o retrato às fls. 46 é, na verdade, uma benção muito grande."

Ainda, as lições de Rui Stoco (in Tratado de Responsabilidade Civil. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pag. 565):

"(...) Nenhuma responsabilidade se poderá imputar ao médico se em razão de diagnóstico errôneo e equivocado dano algum provir. Não há reparação sem dano. Se da ação ou omissão nenhum resultado lesivo advém, o fato é irrelevante no mundo jurídico.

> Se, porém, em razão desse equívoco o paciente sofrer dano, ou porque não fazendo o correto tratamento e deixando de atacar o verdadeiro mal teve sua situação agravada, ou se, em razão do diagnóstico, submeteu-se a tratamento inócuo ou maléfico, haverá, então, de se perquirir se nas circunstâncias poder-se-ia dele exigir opinião correta e precisa".

Sob esta linha de raciocínio, a apelante não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de ato ilícito, quanto mais a de dano moral, de modo que impossível estabelecer o dever de indenizar.

O apelante 1 (Associação Beneficente Bom Samaritano) pugna, em suas razões de recurso, pela condenação da autora em litigância de má-fé, com fundamento no artigo 17, inciso II do CPC.

Todavia, neste ponto, sem razão o apelante, haja vista que não se encontram presentes os requisitos do artigo 17 do Código de Processo Civil a autorizar sua condenação às penas de litigância de má-fé.

As hipóteses de caracterização do litigante de má-fé estão claramente expostas nos incisos do art. 17 do Código de Processo Civil. No presente caso, a autora não praticou qualquer dos fatos aludidos no mencionado dispositivo. Ao contrário, apenas fez uso dos recursos previstos em lei, fazendo menção, na sua peça inicial, aos fatos da forma como ocorreram, juntando documentos.

Assim, não há qualquer fundamento para a condenação por litigância de má-fé, motivo pelo qual desprovida a apelação 1 neste ponto.

Diante do exposto é voto para dar parcial provimento ao recurso de apelação cível 1 (Associação Beneficente Bom Samaritano) e dar provimento ao recurso 2 (Elaine Mika Kamikawa), para excluir o dever de indenizar, restando prejudicadas as demais teses aventadas.

Com a reforma da r. sentença, determino a inversão do ônus sucumbencial, arbitrando honorários advocatícios em R$3.600,00 (três mil e seiscentos reais) a teor do artigo 20, §4º do CPC e custas processuais, que serão custeados integralmente pela parte autora, com as ressalvas do artigo 12 da Lei 1.060/50.

DECISÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso de apelação cível 1 e dar provimento ao recurso 2, nos termos do voto.

Presidiu a Sessão este Relator, tendo participado do julgamento o Senhor Desembargador Jurandyr Reis Junior (Revisor) e a Senhora Juíza Substituta Denise Antunes.

Curitiba, 19 de julho de 2012.
HÉLIO HENRIQUE LOPES FERNANDES LIMA Desembargador Relator

PORTARIA N. 1.823, DE 23 DE AGOSTO DE 2012, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE DO TRABALHADOR E DA TRABALHADORA

O MINISTRO DO ESTADO DA SAÚDE, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único art. 87 da Constituição, e

Considerando que compete ao Sistema Único de Saúde (SUS) a execução das ações de saúde do trabalhador, conforme determina a Constituição Federal;

Considerando o papel do Ministério da Saúde de coordenar nacionalmente a política de saúde do trabalhador, conforme o disposto no inciso V do art. 16 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;

Considerando o alinhamento entre a política de saúde do trabalhador e a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), instituída por meio do Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011;

Considerando a necessidade de implementação de ações de saúde do trabalhador em todos os níveis de atenção do SUS; e

Considerando a necessidade da definição dos princípios, das diretrizes e das estratégias a serem observados nas três esferas de gestão do SUS no que se refere à saúde do trabalhador, resolve:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora.

Art. 2º A Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora tem como finalidade definir os princípios, as diretrizes e as estratégias a serem observados pelas três esferas de gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), para o desenvolvimento da atenção integral à saúde do trabalhador, com ênfase na vigilância, visando a promoção e a proteção da saúde dos trabalhadores e a redução da morbimortalidade decorrente dos modelos de desenvolvimento e dos processos produtivos.

Art. 3º Todos os trabalhadores, homens e mulheres, independentemente de sua localização, urbana ou rural, de sua forma de inserção no mercado de trabalho, formal ou informal, de seu vínculo empregatício, público ou privado, assalariado, autônomo, avulso, temporário, cooperativados, aprendiz, estagiário, doméstico, aposentado ou desempregado são sujeitos desta Política.

Parágrafo único. A Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora alinha-se com o conjunto de políticas de saúde no âmbito do SUS, considerando a transversalidade das ações de saúde do trabalhador e o trabalho como um dos determinantes do processo saúde-doença.

Art.4º Além do disposto nesta Portaria, a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora reger-se-á, de forma complementar, pelos elementos informativos constantes do Anexo I a esta Portaria.

CAPÍTULO I
DOS PRINCÍPIOS E DAS DIRETRIZES

Art. 5º A Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora observará os seguintes princípios e diretrizes:

I - universalidade;

II - integralidade;

III - participação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social;

IV - descentralização;

V - hierarquização;

VI - equidade; e

VII - precaução.

Art. 6º Para fins de implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora dever-se-á considerar a articulação entre:

I - as ações individuais, de assistência e de recuperação dos agravos, com ações coletivas, de promoção, de prevenção, de vigilância dos ambientes, processos e atividades de trabalho, e de intervenção sobre os fatores determinantes da saúde dos trabalhadores;

II - as ações de planejamento e avaliação com as práticas de saúde; e

III - o conhecimento técnico e os saberes, experiências e subjetividade dos trabalhadores e destes com as respectivas práticas institucionais.

Parágrafo único. A realização da articulação tratada neste artigo requer mudanças substanciais nos processos de trabalho em saúde, na organização da rede de atenção e na atuação multiprofissional e interdisciplinar, que contemplem a complexidade das relações trabalho-saúde.

Art. 7º A Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora deverá contemplar todos os trabalhadores priorizando, entretanto, pessoas e grupos em situação de maior vulnerabilidade, como aqueles inseridos em atividades ou em relações informais e precárias de trabalho, em atividades de maior risco para a saúde, submetidos a formas nocivas de discriminação, ou ao trabalho infantil, na perspectiva de superar desigualdades sociais e de saúde e de buscar a equidade na atenção.

Parágrafo único. As pessoas e os grupos vulneráveis de que trata o "caput" devem ser identificados e definidos a partir da análise da situação de saúde local e regional e da discussão com a comunidade, trabalhadores e outros atores sociais de interesse à saúde dos trabalhadores, considerando-se suas especificidades e singularidades culturais e sociais.

CAPÍTULO II
DOS OBJETIVOS

Art. 8º São objetivos da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora:

I - fortalecer a Vigilância em Saúde do Trabalhador (VISAT) e a integração com os demais componentes da Vigilância em Saúde, o que pressupõe:

a) identificação das atividades produtivas da população trabalhadora e das situações de risco à saúde dos trabalhadores no território;

b) identificação das necessidades, demandas e problemas de saúde dos trabalhadores no território;

c) realização da análise da situação de saúde dos trabalhadores;

d) intervenção nos processos e ambientes de trabalho;

e) produção de tecnologias de intervenção, de avaliação e de monitoramento das ações de VISAT;

f) controle e avaliação da qualidade dos serviços e programas de saúde do trabalhador, nas instituições e empresas públicas e privadas;

g) produção de protocolos, de normas técnicas e regulamentares; e

h) participação dos trabalhadores e suas organizações;

II - promover a saúde e ambientes e processos de trabalhos saudáveis, o que pressupõe:

a) estabelecimento e adoção de parâmetros protetores da saúde dos trabalhadores nos ambientes e processos de trabalho;

b) fortalecimento e articulação das ações de vigilância em saúde, identificando os fatores de risco ambiental, com intervenções tanto nos ambientes e processos de trabalho, como no entorno, tendo em vista a qualidade de vida dos trabalhadores e da população circunvizinha;

c) representação do setor saúde/saúde do trabalhador nos fóruns e instâncias de formulação de políticas setoriais e intersetoriais e às relativas ao desenvolvimento econômico e social;

d) inserção, acompanhamento e avaliação de indicadores de saúde dos trabalhadores e das populações circunvizinhas nos processos de licenciamento e nos estudos de impacto ambiental;

e) inclusão de parâmetros de proteção à saúde dos trabalhadores e de manutenção de ambientes de trabalho saudáveis nos processos de concessão de incentivos ao desenvolvimento, nos mecanismos de fomento e outros incentivos específicos;

f) contribuição na identificação e erradicação de situações análogas ao trabalho escravo;

g) contribuição na identificação e erradicação de trabalho infantil e na proteção do trabalho do adolescente; e

h) desenvolvimento de estratégias e ações de comunicação de risco e de educação ambiental e em saúde do trabalhador;

III - garantir a integralidade na atenção à saúde do trabalhador, que pressupõe a inserção de ações de saúde do trabalhador em todas as instâncias e pontos da Rede de Atenção à Saúde do SUS, mediante articulação e construção conjunta de protocolos, linhas de cuidado e matriciamento da saúde do trabalhador na assistência e nas estratégias e dispositivos de organização e fluxos da rede, considerando os seguintes componentes:

a) atenção primária em saúde;

b) atenção especializada, incluindo serviços de reabilitação;

c) atenção pré-hospitalar, de urgência e emergência, e hospitalar;

d) rede de laboratórios e de serviços de apoio diagnóstico;

e) assistência farmacêutica;

f) sistemas de informações em saúde;

g) sistema de regulação do acesso;

h) sistema de planejamento, monitoramento e avaliação das ações;

i) sistema de auditoria; e

j) promoção e vigilância à saúde, incluindo a vigilância à saúde do trabalhador;

IV - ampliar o entendimento de que de que a saúde do trabalhador deve ser concebida como uma ação transversal, devendo a relação saúde-trabalho ser identificada em todos os pontos e instâncias da rede de atenção;

V - incorporar a categoria trabalho como determinante do processo saúde-doença dos indivíduos e da coletividade, incluindo-a nas análises de situação de saúde e nas ações de promoção em saúde;

VI - assegurar que a identificação da situação do trabalho dos usuários seja consi-

derada nas ações e serviços de saúde do SUS e que a atividade de trabalho realizada pelas pessoas, com as suas possíveis consequências para a saúde, seja considerada no momento de cada intervenção em saúde; e

VII - assegurar a qualidade da atenção à saúde do trabalhador usuário do SUS.

CAPÍTULO III
DAS ESTRATÉGIAS

Art. 9º São estratégias da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora:

I - integração da Vigilância em Saúde do Trabalhador com os demais componentes da Vigilância em Saúde e com a Atenção Primária em Saúde, o que pressupõe:

a) planejamento conjunto entre as vigilâncias, com eleição de prioridades comuns para atuação integrada, com base na análise da situação de saúde dos trabalhadores e da população em geral, e no mapeamento das atividades produtivas e com potencial impacto ambiental no território;

b) produção conjunta de protocolos, normas técnicas e atos normativos, com harmonização de parâmetros e indicadores, para orientação aos Estados e Municípios no desenvolvimento das ações de vigilância, e especialmente como referência para os processos de pactuação entre as três esferas de gestão do SUS;

c) harmonização e, sempre que possível, unificação dos instrumentos de registro e notificação de agravos e eventos de interesse comum aos componentes da vigilância;

d) incorporação dos agravos relacionados ao trabalho, definidos como prioritários para fins de vigilância, nas listagens de agravos de notificação compulsória, nos âmbitos nacional, estaduais e municipais, seguindo a mesma lógica e fluxos dos demais;

e) proposição e produção de indicadores conjuntos para monitoramento e avaliação da situação de saúde;

f) formação e manutenção de grupos de trabalho integrados para investigação de surtos e eventos inusitados e de investigação de situações de saúde decorrentes de potenciais impactos ambientais de processos e atividades produtivas nos territórios, envolvendo as vigilâncias epidemiológica, sanitária, em saúde ambiental, saúde do trabalhador e rede de laboratórios de saúde pública;

g) produção conjunta de metodologias de ação, de investigação, de tecnologias de intervenção, de avaliação e de monitoramento das ações de vigilância nos ambientes e situações epidemiológicas;

h) incorporação, pelas equipes de vigilância sanitária dos Estados e Municípios, de práticas de avaliação, controle e vigilância dos riscos ocupacionais nas empresas e estabelecimentos, observando as atividades produtivas presentes no território;

i) investimentos na qualificação e capacitação integradas das equipes dos diversos componentes da vigilância em saúde, com incorporação de conteúdos específicos,

comuns e afins, nos processos formativos e nas estratégias de educação permanente de todos os componentes da Vigilância em Saúde;

j) investimentos na ampliação da capacidade técnica e nas mudanças das práticas das equipes das vigilâncias, especialmente para atuação no apoio matricial às equipes de referência dos municípios;

k) participação conjunta nas estratégias, fóruns e instâncias de produção, divulgação, difusão e comunicação de informações em saúde;

l) estímulo à participação dos trabalhadores e suas organizações, sempre que pertinente, no acompanhamento das ações de vigilância epidemiológica, sanitária e em saúde ambiental, além das ações específicas de VISAT; e

m) atualização e ou revisão dos códigos de saúde, com inserção de disposições sobre a vigilância em saúde do trabalhador e atribuição da competência de autoridade sanitária às equipes de vigilância em saúde do trabalhador, nos Estados e Municípios;

II - análise do perfil produtivo e da situação de saúde dos trabalhadores, o que pressupõe:

a) identificação das atividades produtivas e do perfil da população trabalhadora no território em conjunto com a atenção primária em saúde e os setores da Vigilância em Saúde;

b) implementação da rede de informações em saúde do trabalhador;

c) definição de elenco de indicadores prioritários para análise e monitoramento;

d) definição do elenco de agravos relacionados ao trabalho de notificação compulsória e de investigação obrigatória e inclusão no elenco de prioridades, nas três esferas de gestão do SUS;

e) revisão periódica da lista de doenças relacionadas ao trabalho;

f) realização de estudos e análises que identifiquem e possibilitem a compreensão dos problemas de saúde dos trabalhadores e o comportamento dos principais indicadores de saúde;

g) estruturação das estratégias e processos de difusão e comunicação das informações;

h) garantia, na identificação do trabalhador, do registro de sua ocupação, ramo de atividade econômica e tipo de vínculo nos seguintes sistemas e fontes de informação em saúde, aproveitando todos os contatos do/a trabalhador/a com o sistema de saúde:

1. Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM);
2. Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIHSUS);
3. Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan);
4. Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIASUS);
5. Sistema de Informação de Atenção Básica (SIAB);
6. Registros de Câncer de Base Populacional (RCBP); e
7. Registros de Câncer de Base Hospitalar (RCBH);

i) articulação e sistematização das informações das demais bases de dados de inte-

resse à saúde do trabalhador, como:

1. Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS);
2. Sistema Único de Benefícios (SUB);
3. Relação Anual de Informações Sociais (RAIS);
4. Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED);
5. Sistema Federal de Inspeção do Trabalho (SFIT);
6. Troca de Informação em Saúde Suplementar (TISS); e
7. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);
8. Outros sistemas de informações dos órgãos e setores de planejamento, da agricultura, do meio ambiente, da segurança pública, do trânsito, da indústria, comércio e mineração, das empresas, dos sindicatos de trabalhadores, entre outras;

j) gestão junto a essas instituições para acesso às bases de dados de forma desagregada, conforme necessidades da produção da análise da situação de saúde nos diversos níveis territoriais;

k) produção e divulgação, periódicas, com acesso ao público em geral, de análises de situação de saúde, considerando diversos níveis territoriais (local, municipal, microrregional, macrorregional, estadual, grandes regiões, nacional);

l) estabelecimento da notificação compulsória e investigação obrigatória em todo território nacional dos acidentes de trabalho graves e com óbito e das intoxicações por agrotóxicos, considerando critérios de magnitude e gravidade;

m) viabilização da compatibilização e/ou unificação dos instrumentos de coleta de dados e dos fluxos de informações, em articulação com as demais equipes técnicas e das vigilâncias;

n) gestão junto à Previdência Social para que a notificação dos acidentes e doenças relacionadas ao trabalho feito pelo SUS (Sinan) seja reconhecida, nos casos de trabalhadores segurados pelo Seguro Acidente de Trabalho;

o) criação de sistemas e bancos de dados para registro das informações contidas nos relatórios de inspeções e mapeamento dos ambientes de trabalho realizados pelas equipes de Vigilância em Saúde;

p) definição de elenco básico de indicadores de morbimortalidade e de situações de risco para a composição da análise de situação de saúde dos trabalhadores, considerando o conjunto dos trabalhadores brasileiros, incluindo as parcelas inseridas em atividades informais, ou seja, o total da População Economicamente Ativa Ocupada;

q) articulação intra e intersetorial para a implantação ou implementação de observatórios de saúde do trabalhador, em especial, articulando-se com o observatório de violências e outros;

r) articulação, apoio e gestão junto à Rede Interagencial de Informações para a Saúde (RIPSA) para fins de ampliação dos atuais indicadores de saúde do trabalhador constantes das publicações dos Indicadores Básicos de Saúde (IDB);

s) garantia da inclusão de indicadores de saúde do trabalhador nas RIPSA estaduais, conforme necessidades e especificidades de cada Estado;

t) produção de protocolos e manuais de orientação para os profissionais de saúde para a utilização da Classificação Brasileira de Ocupação e da Classificação Nacional de Atividades Econômicas;

u) avaliação e produção de relatórios periódicos sobre a qualidade dos dados e informações constantes nos sistemas de informação de interesse à saúde do trabalhador; e

v) disponibilização e divulgação das informações em meios eletrônicos, boletins, cartilhas, impressos, vídeos, rádio e demais instrumentos de comunicação e difusão;

III - estruturação da Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (RENAST) no contexto da Rede de Atenção à Saúde, o que pressupõe:

a) ações de Saúde do Trabalhador junto à atenção primária em saúde:

1. reconhecimento e mapeamento das atividades produtivas no território;

2. reconhecimento e identificação da população trabalhadora e seu perfil sócio ocupacional no território;

3. reconhecimento e identificação dos potenciais riscos e impactos (perfil de morbi-mortalidade) à saúde dos trabalhadores, das comunidades e ao meio ambiente, advindos das atividades produtivas no território;

4. identificação da rede de apoio social aos trabalhadores no território;

5. inclusão, dentre as prioridades de maior vulnerabilidade em saúde do trabalhador, das seguintes situações: chefe da família desempregado ou subempregado, crianças e adolescentes trabalhando, gestantes ou nutrizes trabalhando, algum membro da família portador de algum agravo à saúde relacionado com o trabalho (acidente ou doença) e presença de atividades produtivas no domicílio;

6. identificação e registro da situação de trabalho, da ocupação e do ramo de atividade econômica dos usuários das unidades e serviços de atenção primária em saúde;

7. suspeita e ou identificação da relação entre o trabalho e o problema de saúde apresentado pelo usuário, para fins de diagnóstico e notificação dos agravos relacionados ao trabalho;

8. notificação dos agravos relacionados ao trabalho no Sinan e no SIAB e, emissão de relatórios e atestados médicos, incluindo o laudo de exame médico da Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT), nos casos pertinentes;

9. subsídio à definição da rede de referência e contra referência e estabelecimento dos fluxos e instrumentos para os encaminhamentos necessários;

10. articulação com as equipes técnicas e os Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (CEREST) sempre que necessário, para a prestação de retaguarda técnica especializada, considerando seu papel no apoio matricial a toda rede SUS;

11. definição e implantação de condutas e manejo assistenciais, de promoção e de vigilância em saúde do trabalhador, mediante a aplicação de protocolos, de linhas de cuidado e de projetos terapêuticos para os agravos, e de linhas guias para a vigilância de situações de riscos relacionados ao trabalho; e

12. incorporação de conteúdos de saúde do trabalhador nas estratégias de capaci-

tação e de educação permanente para as equipes da atenção primária em saúde;

b) ações de saúde do trabalhador junto à urgência e emergência:

1. identificação e registro da situação de trabalho, da ocupação e do ramo de atividade econômica dos usuários dos pontos de atenção às urgências e emergências, nas redes Estaduais e Municipais;

2. identificação da relação entre o trabalho e o acidente, violência ou intoxicação exógena sofridos pelo usuário, com decorrente notificação do agravo no Sinan e adequado registro no SIH-SUS para os casos que requererem hospitalização;

3. preenchimento do laudo de exame médico da CAT nos casos pertinentes;

4. acompanhamento desses casos pelas equipes dos Núcleos de Vigilância Epidemiológica Hospitalar, onde houver;

5. encaminhamento para a rede de referência e contra referência, para fins de continuidade do tratamento, acompanhamento e reabilitação, seguindo os fluxos e instrumentos definidos para tal;

6. articulação com as equipes técnicas e os CEREST sempre que necessário para a prestação de retaguarda técnica especializada, considerando seu papel no apoio matricial a toda rede SUS;

7. harmonização dos conceitos dos eventos/agravos e unificação das fichas de notificação dos casos de acidentes de trabalho, outros acidentes e violências;

8. incorporação de conteúdos de saúde do trabalhador nas estratégias de capacitação e de educação permanente para as equipes dos pontos de atenção às urgências e emergências; e

9. estabelecimento de parcerias intersetoriais e referência e contra referencia com as unidades de atendimento e serviços das Secretarias de Segurança Pública, Institutos Médico Legais, e setores/departamentos de trânsito e transporte;

c) ações de saúde do trabalhador junto à atenção especializada (ambulatorial e hospitalar):

1. identificação e registro da situação de trabalho, da ocupação e do ramo de atividade econômica dos usuários dos pontos de atenção especializada, nas redes estaduais e municipais;

2. suspeita ou identificação da relação entre o trabalho e o agravo à saúde do usuário, com decorrente notificação do agravo no Sinan;

3. preenchimento do laudo de exame médico da CAT nos casos pertinentes;

4. encaminhamento para a rede de referência e contra referência, para fins de continuidade do tratamento, acompanhamento e reabilitação, seguindo os fluxos e instrumentos definidos para tal;

5. articulação com as equipes técnicas e os CEREST sempre que necessário para a prestação de retaguarda técnica especializada, considerando seu papel no apoio matricial a toda rede SUS; e

6. incorporação de conteúdos de saúde do trabalhador nas estratégias de capacitação e de educação permanente para as equipes dos pontos de atenção especializada;

IV - fortalecimento e ampliação da articulação intersetorial, o que pressupõe:

a) aplicação de indicadores de avaliação de impactos à saúde dos trabalhadores e das comunidades nos processos de licenciamento ambiental, de concessão de incentivos ao desenvolvimento, mecanismos de fomento e incentivos específicos;

b) fiscalização conjunta onde houver trabalho em condições insalubres, perigosas e degradantes, como nas carvoarias, madeireiras, canaviais, construção civil, agricultura em geral, calcareiras, mineração, entre outros, envolvendo os Ministérios do Trabalho e Emprego, da Previdência Social e do Meio Ambiente, o SUS e o Ministério Público; e

c) compartilhamento e publicização das informações produzidas por cada órgão e instituição, inclusive por meio da constituição de observatórios, de modo a viabilizar a adequada análise de situação, estabelecimento de prioridades, tomada de decisão e monitoramento das ações;

V - estímulo à participação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, o que pressupõe:

a) acolhimento e resposta às demandas dos representantes da comunidade e do controle social;

b) buscar articulação com entidades, instituições, organizações não governamentais, associações, cooperativas e demais representações de categorias de trabalhadores, presentes no território, inclusive as inseridas em atividades informais de trabalho e populações em situação de vulnerabilidade;

c) estímulo à participação de representação dos trabalhadores nas instâncias oficiais de representação social do SUS, a exemplo dos conselhos e comissões intersetoriais, nas três esferas de gestão do SUS;

d) apoiar o funcionamento das Comissões Intersetoriais de Saúde do Trabalhador (CIST) dos Conselhos de Saúde, nas três esferas de gestão do SUS;

e) inclusão da comunidade e do controle social nos programas de capacitação e educação permanente em saúde do trabalhador, sempre que possível, e inclusão de conteúdos de saúde do trabalhador nos processos de capacitação permanente voltados para a comunidade e o controle social, incluindo grupos de trabalhadores em situação de vulnerabilidade, com vistas às ações de promoção em saúde do trabalhador;

f) transparência e facilitação do acesso às informações aos representantes da comunidade, dos trabalhadores e do controle social;

VI - desenvolvimento e capacitação de recursos humanos, o que pressupõe:

a) adoção de estratégias para a progressiva desprecarização dos vínculos de trabalho das equipes de saúde, incluindo os técnicos dos centros de referência e das vigilâncias, nas três esferas de gestão do SUS, mediante concurso público;

b) inserção de especificação da atribuição de inspetor de vigilância aos técnicos em

saúde do trabalhador nos planos de carreira, cargos e vencimentos, nas esferas estadual e municipal;

c) inserção de conteúdos de saúde do trabalhador nos diversos processos formativos e estratégias de educação permanente, cursos e capacitações, para profissionais de nível superior e nível médio, com destaque àqueles destinados às equipes de Vigilância em Saúde, à Saúde da Família e aos gestores;

d) capacitação para aplicação de protocolos, linhas guias e linhas de cuidado em saúde do trabalhador, com ênfase à identificação da relação saúde-trabalho, ao diagnóstico e manejo dos acidentes e das doenças relacionadas ao trabalho, incluindo a reabilitação, à vigilância de agravos, de ambientes e de processos de trabalho e à produção de análise da situação de saúde;

e) capacitação voltada à aplicação de medidas básicas de promoção, prevenção e educação em saúde e às orientações quanto aos direitos dos trabalhadores;

f) estabelecimento de referências e conteúdos curriculares para a formação de profissionais em saúde do trabalhador, de nível técnico e superior;

g) produção de tecnologias mistas de educação presencial e a distância e publicização de tecnologias já existentes, com estabelecimento de processos e métodos de acompanhamento, avaliação e atualização dessas tecnologias;

h) articulação intersetorial com Ministérios e Secretarias de Governo, especialmente com o Ministério da Educação, para fins de inclusão de conteúdos temáticos de saúde do trabalhador nos currículos do ensino fundamental e médio, da rede pública e privada, em cursos de graduação e de programas específicos de pós-graduação em sentido amplo e restrito, possibilitando a articulação ensino / pesquisa / extensão, bem como nos cursos voltados à qualificação profissional e empresarial;

i) investimento na qualificação de todos os técnicos dos CEREST, no mínimo, em nível de especialização;

j) integração com órgãos de fomento de pesquisa, nacionais e internacionais e com instituições responsáveis pelo processo educativo como universidades, centros de pesquisa, organizações sindicais, ONG, entre outras; e

k) apoio à capacitação voltada para os interesses do movimento social, movimento sindical e controle social, em consonância com as ações e diretrizes estratégicas do SUS e com a legislação de regência;

VII - apoio ao desenvolvimento de estudos e pesquisas, o que pressupõe:

a) articulação estreita entre os serviços e instituições de pesquisa e universidades, com envolvimento de toda a rede de serviços do SUS na construção de saberes, normas, protocolos, tecnologias e ferramentas, voltadas à produção de respostas aos problemas e necessidades identificadas pelos serviços, comunidade e controle social;

b) adoção de critérios epidemiológicos e de relevância social para a identificação e definição das linhas de investigação, estudos e pesquisas, de modo a fornecer respostas e subsídios técnico-científicos para o enfrentamento de problemas prioritários no contexto

da saúde do trabalhador;

c) desenvolvimento de projetos de pesquisa-intervenção que possam ser estruturantes para a saúde do trabalhador no SUS, que articulem as ações de promoção, vigilância, assistência, reabilitação e produção e comunicação de informações, e resultem em produção de tecnologias de intervenção em problemas prioritários em cada território;

d) definição de linhas prioritárias de pesquisa para a produção de conhecimento e de respostas às questões teórico conceituais do campo da saúde do trabalhador, de modo a preencher lacunas e produzir modelos teóricos que contribuam para a melhoria da promoção, da vigilância e da atenção à saúde dos trabalhadores;

e) incentivo à pesquisa e aplicação de tecnologias limpas e/ou com reduzido impacto à saúde dos trabalhadores e ao meio ambiente, bem como voltadas à produção de alternativas e substituição de produtos e processos já reconhecidos como danosos à saúde, e formas de organização de trabalho saudáveis;

f) estabelecimento de rede de centros de pesquisa colaboradores na construção de saberes, normas, protocolos, tecnologias e ferramentas, voltadas à produção de respostas aos problemas e necessidades identificadas pelos serviços, comunidade e controle social;

g) estabelecimento de mecanismos que garantam a participação da comunidade e das representações dos trabalhadores no desenvolvimento dos estudos e pesquisas, incluindo a divulgação e aplicação dos seus resultados; e

h) garantia, pelos gestores, da observância dos preceitos éticos no desenvolvimento de estudos e pesquisas realizados no âmbito da rede de serviços do SUS, mediante a participação dos Comitês de Ética em Pesquisa nesses processos.

§ 1º A análise da situação de saúde dos trabalhadores, de que trata o inciso II do "caput", compreende o monitoramento contínuo de indicadores e das situações de risco, com vistas a subsidiar o planejamento das ações e das intervenções em saúde do trabalhador, de forma mais abrangente, no território nacional, no Estado, região, Município e nas áreas de abrangência das equipes de atenção à saúde.

§ 2º No que se refere à análise da situação de saúde dos trabalhadores, de que trata o inciso II do "caput", dever-se-á promover a articulação das redes de informações, que se baseará nos seguintes pressupostos:

I - concepção de que as informações em saúde do trabalhador, presentes em diversas bases e fontes de dados, devem estar em consonância com os princípios e diretrizes da Política Nacional de Informações e Informática do SUS;

II - necessidade de estabelecimento de processos participativos nas definições e na produção de informações de interesse à saúde do trabalhador;

III - empreendimento sistemático e permanente de ações, com vistas ao aprimoramento e melhoria da qualidade das informações;

IV - compartilhamento de informações de interesse para a saúde do trabalhador, mediante colaboração intra e intersetorial, entre as esferas de governo, e entre instituições,

públicas e privadas, nacionais e internacionais;

V - necessidade de estabelecimento de mecanismos de publicação e garantia de acesso pelos diversos públicos interessados; e

VI - zelo pela privacidade e confidencialidade de dados individuais identificados, garantindo o acesso necessário às autoridades sanitárias no exercício das ações de vigilância.

§ 3º O processo de capacitação em saúde do trabalhador, de que trata o inciso VI do caput, deverá:

I - contemplar as diversidades e especificidades loco-regionais, incorporar os princípios do trabalho cooperativo, interdisciplinar e em equipe multiprofissional e as experiências acumuladas pelos Estados e Municípios nessa área;

II - abranger todos os profissionais vinculados ao SUS, independente da especialidade e nível de atuação - atenção básica ou especializada, os inseridos em programas e estratégias específicos, como, por exemplo, agentes comunitários de saúde, saúde da família, saúde da mulher, saúde do homem, saúde mental, vigilância epidemiológica, vigilância sanitária e em saúde ambiental, entre outros;

III - considerar, sempre que possível, com graus de prioridade distintos, as necessidades de outras instituições públicas e privadas - sindicatos de trabalhadores e patronais, organizações não governamentais (ONG) e empresas que atuam na área de modo interativo com o SUS, em consonância com a legislação de regência; e

IV - contemplar estratégias de articulação e de inserção de conteúdos de saúde do trabalhador nos diversos cursos de graduação das áreas de saúde, engenharias, ciências sociais, entre outros além de outros que apresentem correlação com a área da saúde, de modo a viabilizar a preparação dos profissionais desde a graduação, incluindo a oferta de vagas para estágios curriculares e extracurriculares.

CAPÍTULO IV
DAS RESPONSABILIDADES
SEÇÃO I

Das Atribuições dos Gestores do SUS

Art. 10. São responsabilidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Município, em seu âmbito administrativo, além de outras que venham a ser pactuadas pelas Comissões Intergestores:

I - garantir a transparência, a integralidade e a equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde do trabalhador;

II - orientar e ordenar os fluxos das ações e dos serviços de saúde do trabalhador;

III - monitorar o acesso às ações e aos serviços de saúde do trabalhador;

IV - assegurar a oferta regional das ações e dos serviços de saúde do trabalhador;

V - estabelecer e garantir a articulação sistemática entre os diversos setores res-

ponsáveis pelas políticas públicas, para analisar os diversos problemas que afetam a saúde dos trabalhadores e pactuar uma agenda prioritária de ações intersetoriais; e

VI - desenvolver estratégias para identificar situações que resultem em risco ou produção de agravos à saúde, adotando e ou fazendo adotar medidas de controle quando necessário.

Art. 11. À direção nacional do SUS compete:

I - coordenar, em âmbito nacional, a implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

II - conduzir as negociações nas instâncias do SUS, visando inserir ações, metas e indicadores de saúde do trabalhador no Plano Nacional de Saúde e na Programação Anual de Saúde, a partir de planejamento estratégico que considere a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

III - alocar recursos orçamentários e financeiros para a implementação desta Política, aprovados no Conselho Nacional de Saúde

(CNS);

IV - desenvolver estratégias visando o fortalecimento da participação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, incluindo o apoio e fortalecimento da Comissão Intersetorial de Saúde do Trabalhador (CIST) do CNS;

V - apoiar tecnicamente as Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na implementação e execução da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

VI - promover a incorporação de ações e procedimentos de vigilância e de assistência à saúde do trabalhador junto à Rede de Atenção à Saúde, considerando os diferentes níveis de complexidade, tendo como centro ordenador a Atenção Primária em Saúde;

VII - monitorar, em conjunto com as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, os indicadores pactuados para avaliação das ações e serviços de saúde dos trabalhadores;

VIII - estabelecer rotinas de sistematização, processamento, análise e divulgação dos dados gerados nos Municípios e nos Estados a partir dos sistemas de informação em saúde, de acordo com os interesses e necessidades do planejamento estratégico da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

IX - elaborar perfil produtivo e epidemiológico, a partir de fontes de informação existentes e de estudos específicos, com vistas a subsidiar a programação e avaliação das ações de atenção à saúde do trabalhador;

X - promover a articulação intersetorial com vistas à promoção de ambientes e processos de trabalho saudáveis e ao acesso às informações e bases de dados de interesse à saúde dos trabalhadores;

XI - participar da elaboração de propostas normativas e elaborar normas pertinentes à sua área de atuação, com a participação de outros atores sociais como entidades representativas dos trabalhadores, universidades e organizações não governamentais;

XII - promover a formação e a capacitação em saúde do trabalhador dos profis-

sionais de saúde do SUS, junto à Política Nacional

de Educação Permanente em Saúde, bem como estimular a parceria entre os órgãos e instituições pertinentes para formação e capacitação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, em consonância com a legislação de regência;

XIII - desenvolver estratégias de comunicação e elaborar materiais de divulgação visando disponibilizar informações do perfil produtivo e epidemiológico relativos à saúde dos trabalhadores;

XIV - conduzir a revisão periódica da listagem oficial de doenças relacionadas ao trabalho no território nacional e a inclusão do elenco prioritário de agravos relacionados ao trabalho na listagem nacional de agravos de notificação compulsória; e

XV - regular, monitorar, avaliar e auditar as ações e serviços de saúde do trabalhador, no âmbito de sua competência.

Art. 12. À direção estadual do SUS compete:

I - coordenar, em âmbito estadual, a implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

II - conduzir as negociações nas instâncias estaduais do SUS, visando inserir ações, metas e indicadores de saúde do trabalhador no Plano Estadual de Saúde e na Programação Anual de Saúde, a partir de planejamento estratégico que considere a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

III - pactuar e alocar recursos orçamentários e financeiros, para a implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora, pactuados nas instâncias de gestão e aprovados no Conselho Estadual de Saúde (CES);

IV - desenvolver estratégias visando o fortalecimento da participação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, incluindo o apoio e fortalecimento da CIST do CES;

V - apoiar tecnicamente e atuar de forma integrada com as Secretarias Municipais de Saúde na implementação das ações de saúde do trabalhador;

VI - organizar as ações de promoção, vigilância e assistência à saúde do trabalhador nas regiões de saúde, considerando os diferentes níveis de complexidade, tendo como centro ordenador a Atenção Primária em Saúde, definindo, em conjunto com os municípios, os mecanismos e os fluxos de referência, contrarreferência e de apoio matricial, além de outras medidas, para assegurar o desenvolvimento de ações de promoção, vigilância e assistência em saúde do trabalhador;

VII - realizar a pactuação regional e estadual das ações e dos indicadores de promoção, vigilância e assistência à saúde do trabalhador;

VIII - monitorar, em conjunto com as Secretarias Municipais de Saúde, os indicadores pactuados para avaliação das ações e serviços de saúde dos trabalhadores;

IX - regular, monitorar, avaliar e auditar as ações e a prestação de serviços em saúde do trabalhador, no âmbito de sua competência;

X - garantir a implementação, nos serviços públicos e privados, da notificação

compulsória dos agravos à saúde relacionados ao trabalho, assim como do registro dos dados pertinentes à saúde do trabalhador no conjunto dos sistemas de informação em saúde, alimentando regularmente os sistemas de informações em seu âmbito de atuação, estabelecendo rotinas de sistematização, processamento e análise dos dados gerados nos municípios, de acordo com os interesses e necessidades do planejamento desta Política;

XI - elaborar, em seu âmbito de competência, perfil produtivo e epidemiológico, a partir de fontes de informação existentes e de estudos específicos, com vistas a subsidiar a programação e avaliação das ações de atenção à saúde do trabalhador;

XII - participar da elaboração de propostas normativas e elaborar normas técnicas pertinentes à sua esfera de competência, com outros atores sociais como entidades representativas dos trabalhadores, universidades e organizações não governamentais;

XIII - promover a formação e capacitação em saúde do trabalhador para os profissionais de saúde do SUS, inclusive na forma de educação continuada, respeitadas as diretrizes da Política Nacional de Educação Permanente em Saúde, bem como estimular a parceria entre os órgãos e instituições pertinentes para formação e capacitação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, em consonância com a legislação de regência;

XIV - desenvolver estratégias de comunicação e elaborar materiais de divulgação visando disponibilizar informações do perfil produtivo e epidemiológico relativos à saúde dos trabalhadores;

XV - definir e executar projetos especiais em questões de interesse loco-regional, em conjunto com as equipes municipais, quando e onde couber; e

XVI - promover, no âmbito estadual, a articulação intersetorial com vistas à promoção de ambientes e processos de trabalho saudáveis e ao acesso às informações e bases de dados de interesse à saúde dos trabalhadores.

Art. 13. Compete aos gestores municipais de saúde:

I - executar as ações e serviços de saúde do trabalhador;

II - coordenar, em âmbito municipal, a implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

III - conduzir as negociações nas instâncias municipais do SUS, visando inserir ações, metas e indicadores de saúde do trabalhador no Plano Municipal de Saúde e na Programação Anual de Saúde, a partir de planejamento estratégico que considere a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

IV - pactuar e alocar recursos orçamentários e financeiros para a implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora, pactuados nas instâncias de gestão e aprovados no Conselho Municipal de Saúde (CMS);

V - desenvolver estratégias visando o fortalecimento da participação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, incluindo o apoio e fortalecimento da CIST do CMS;

VI - constituir referências técnicas em saúde do trabalhador e/ou grupos matriciais responsáveis pela implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da

Trabalhadora;

VII - participar, em conjunto com o Estado, da definição dos mecanismos e dos fluxos de referência, contrarreferência e de apoio matricial, além de outras medidas, para assegurar o desenvolvimento de ações de promoção, vigilância e assistência em saúde do trabalhador;

VIII - articular-se regionalmente para integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde quando da identificação de problemas e prioridades comuns;

IX - regular, monitorar, avaliar e auditar as ações e a prestação de serviços em saúde do trabalhador, no âmbito de sua competência;

X - implementar, na Rede de Atenção à Saúde do SUS, e na rede privada, a notificação compulsória dos agravos à saúde relacionados com o trabalho, assim como o registro dos dados pertinentes à saúde do trabalhador no conjunto dos sistemas de informação em saúde, alimentando regularmente os sistemas de informações em seu âmbito de atuação, estabelecendo rotinas de sistematização, processamento e análise dos dados gerados no Município, de acordo com os interesses e necessidades do planejamento da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora;

XI - instituir e manter cadastro atualizado de empresas classificadas nas diversas atividades econômicas desenvolvidas no Município, com indicação dos fatores de risco que possam ser gerados para os trabalhadores e para o contingente populacional direta ou indiretamente a eles expostos, em articulação com a vigilância em saúde ambiental;

XII - elaborar, em seu âmbito de competência, perfil produtivo e epidemiológico, a partir de fontes de informação existentes e de estudos específicos, com vistas a subsidiar a programação e avaliação das ações de atenção à saúde do trabalhador;

XIII - capacitar, em parceria com as Secretarias Estaduais de Saúde e com os CEREST, os profissionais e as equipes de saúde do SUS, para identificar e atuar nas situações de riscos à saúde relacionados ao trabalho, assim como para o diagnóstico dos agravos à saúde relacionados com o trabalho, em consonância com as diretrizes para implementação da Política Nacional de Educação Permanente em Saúde, bem como estimular a parceria entre os órgãos e instituições pertinentes para formação e capacitação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, em consonância com a legislação de regência; e

XIV - promover, no âmbito municipal, articulação intersetorial com vistas à promoção de ambientes e processos de trabalho saudáveis e ao acesso às informações e bases de dados de interesse à saúde dos trabalhadores.

Seção II
Das Atribuições dos CEREST e das Equipes Técnicas
Art. 14. Cabe aos CEREST, no âmbito da RENAST:

I - desempenhar as funções de suporte técnico, de educação permanente, de coordenação de projetos de promoção, vigilância e

assistência à saúde dos trabalhadores, no âmbito da sua área de abrangência;

II - dar apoio matricial para o desenvolvimento das ações de saúde do trabalhador na atenção primária em saúde, nos serviços especializados e de urgência e emergência, bem como na promoção e vigilância nos diversos pontos de atenção da Rede de Atenção à Saúde; e

III - atuar como centro articulador e organizador das ações intra e intersetoriais de saúde do trabalhador, assumindo a retaguarda técnica especializada para o conjunto de ações e serviços da rede SUS e se tornando polo irradiador de ações e experiências de vigilância em saúde, de caráter sanitário e de base epidemiológica.

§ 1º As ações a serem desenvolvidas pelos CEREST serão planejadas de forma integrada pelas equipes de saúde do trabalhador no âmbito das Secretarias Estaduais de Saúde (SES) e das Secretarias Municipais de Saúde (SMS), sob a coordenação dos gestores.

§ 2º Para as situações em que o Município não tenha condições técnicas e operacionais, ou para aquelas definidas como de maior complexidade, caberá às SES a execução direta de ações de vigilância e assistência, podendo fazê-lo, em caráter complementar ou suplementar, através dos CEREST.

§ 3º O apoio matricial, de que trata o inciso II do caput, será equacionado a partir da constituição de equipes multiprofissionais e

do desenvolvimento de práticas interdisciplinares, com estabelecimento de relações de trabalho entre a equipe de matriciamento e as equipes técnicas de referência, na perspectiva da prática da clínica ampliada, da promoção e da vigilância em saúde do trabalhador.

Art. 15. As equipes técnicas de saúde do trabalhador, nas três esferas de gestão, com o apoio dos CEREST, devem garantir sua capacidade de prover o apoio institucional e o apoio matricial para o desenvolvimento e incorporação das ações de saúde do trabalhador no SUS.

Parágrafo único. A execução do disposto no caput deste artigo pressupõe, no mínimo:

I - a construção, em toda a Rede de Atenção à Saúde, de capacidade para a identificação das atividades produtivas e do perfil epidemiológico dos trabalhadores nas regiões de saúde definidas pelo Plano Diretor de Regionalização e Investimentos (PDRI); e

II - a capacitação dos profissionais de saúde para a identificação e monitoramento dos casos atendidos que possam ter relação com as ocupações e os processos produtivos em que estão inseridos os usuários.

CAPÍTULO V
DA AVALIAÇÃO E DO MONITORAMENTO

Art. 16. As metas e os indicadores para avaliação e monitoramento da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora devem estar contidos nos instrumentos de gestão definidos pelo sistema de planejamento do SUS:

I - Planos de Saúde;

II - Programações Anuais de Saúde; e

III - Relatórios Anuais de Gestão.

§ 1º O planejamento estratégico deve contemplar ações, metas e indicadores de promoção, vigilância e atenção em saúde do trabalhador, nos moldes de uma atuação permanentemente articulada e sistêmica.

§ 2º As necessidades de saúde do trabalhador devem ser incorporadas no processo geral do planejamento das ações de saúde, mediante a utilização dos instrumentos de pactuação do SUS, o qual é um processo dinâmico, contínuo e sistemático de pactuação de prioridades e estratégias de saúde do trabalhador nos âmbitos municipal, regional, estadual e federal, considerando os diversos sujeitos envolvidos neste processo.

Art. 17. A avaliação e o monitoramento da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora, pelas três esferas de gestão do SUS, devem ser conduzidos considerando-se:

I a inserção de ações de saúde do trabalhador, considerando objetivos, diretrizes, metas e indicadores, no Plano de Saúde, na Programação Anual de Saúde e no Relatório Anual de Gestão, em cada esfera de gestão do SUS;

II - a definição de que as ações de saúde do trabalhador, em cada esfera de gestão, devem expressar com clareza e transparência, os mecanismos e as fontes de financiamento;

III - o estabelecimento de investimentos nas ações de vigilância, no desenvolvimento de ações na Atenção Primária em Saúde e na regionalização como eixos prioritários para a aplicação dos recursos de saúde do trabalhador;

IV - a definição de interlocutor para o tema saúde do trabalhador nas três esferas de gestão do SUS;

V - a inclusão na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) de ações e serviços de saúde do trabalhador;

VI - a produção de protocolos, de linhas guias e linhas de cuidado em saúde do trabalhador, de acordo com os níveis de organização da vigilância e atenção à saúde;

VII - a capacitação dos profissionais de saúde, visando à implementação dos protocolos, das linhas guias e das linhas de cuidado em saúde do trabalhador;

VIII - a definição dos fluxos de referência, contrarreferência e de apoio matri-

cial, de acordo com as diretrizes clínicas, as linhas de cuidado pactuadas na Comissão Intergestores Regional (CIR) e na Comissão Intergestores Bipartite (CIB), garantindo a notificação compulsória dos agravos relacionados ao trabalho; e

IX - o monitoramento e avaliação dos indicadores de saúde do trabalhador pactuados, bem como o acompanhamento da evolução histórica e tendências dos indicadores de morbimortalidade, nas esferas municipal, micro e macrorregionais, estadual e nacional.

CAPÍTULO VI
DO FINANCIAMENTO

Art. 18. Além dos recursos dos fundos nacionais, estaduais e municipais de saúde, fica facultado aos gestores de saúde utilizar

outras fontes de financiamento, como:

I - ressarcimento ao SUS, pelos planos de saúde privados, dos valores gastos nos serviços prestados aos seus segurados, em decorrência de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho;

II - repasse de recursos advindos de contribuições para a seguridade social;

III - criação de fundos especiais; e

IV - parcerias com organismos nacionais e internacionais para financiamento de projetos especiais, de desenvolvimento de tecnologias, máquinas e equipamentos com maior proteção à saúde dos trabalhadores, especialmente aqueles voltados a cooperativas, da economia solidária e pequenos empreendimentos.

Parágrafo único. Além das fontes de financiamento previstas neste artigo, poderão ser pactuados, nas instâncias intergestores, incentivos específicos para as ações de promoção e vigilância em saúde do trabalhador, a serem inseridos nos pisos variáveis dos componentes de vigilância e promoção da saúde e da vigilância sanitária.

Art. 19. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA

ANEXO I
ELEMENTOS INFORMATIVOS DA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE DO TRABALHADOR E DA TRABALHADORA

Os elementos informativos consistem na apresentação de conceitos e contextualização de termos e conteúdos explicativos e conformadores da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. Tem como finalidade precípua conferir caráter pedagógico e orientador à Política.

1. A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade que se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual conforme pactuado na Comissão Intergestores Bipartite - CIB. A organização e a integração das ações e dos serviços de saúde sob a responsabilidade dos entes federativos em uma região de saúde, inclusive as de saúde do trabalhador, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência aos usuários do SUS é objeto do Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde.

2. A participação da comunidade é um princípio fundante do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecido na Constituição Federal de 1988 e na Lei Orgânica da Saúde, tendo relevância e especificidades na Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. Partindo deste principio, a participação dos trabalhadores é essencial nos processos de identificação das situações de risco presentes nos ambientes de trabalho e das repercussões sobre a sua saúde, bem como na formulação, no planejamento, acompanhamento e avaliação das intervenções sobre as condições geradoras dos agravos relacionados ao trabalho.

Cabe às diversas instâncias do SUS assumir como legítima a participação da sociedade nas decisões envolvendo as políticas de saúde do trabalhador, estabelecendo-se relações éticas entre os representantes da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, gestores e a equipe de saúde. A garantia da participação da comunidade e do controle social na formulação, no planejamento, no acompanhamento e na avaliação das políticas, contribui para o fortalecimento do exercício da cidadania pela sociedade.

3. Deve-se, no âmbito da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora observar a diretriz organizativa da descentralização, o que requer a consolidação do papel do Município como instância efetiva de desenvolvimento das ações de atenção à saúde do trabalhador em seu território, de acordo com as necessidades e características de suas populações.

4. No que toca à diretriz da hierarquização, a construção da atenção integral à saúde do trabalhador passa pela integração de todos os níveis de atuação do SUS, em

função de sua complexidade e densidade tecnológica, considerando sua organização em redes e sistemas solidários e compartilhados entre as três esferas de gestão e conforme a pactuação estadual e regional.

5. O direito à saúde constitui-se num direito social derivado do direito à vida, estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217ª, III, da Assembleia Geral da ONU, 10/09/1948). No Brasil, segundo a Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é um direito social (Art. 6º) que decorre do princípio fundamental da dignidade humana (inciso III, Art. 1º), cabendo ao Estado garanti-la mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Art. 196).

Dessa forma, é dever do poder público prover as condições e as garantias para o exercício do direito individual e coletivo à saúde, com a ressalva de que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (art. 2º, parágrafo 2º da Lei Nº 8.080/90). A responsabilidade sanitária é comum às três esferas de gestão do SUS - federal, estadual e municipal, e deve ser desempenhada por meio da formulação, financiamento e gestão de políticas de saúde que respondam às necessidades sanitárias, demográficas e socioculturais das populações e superem as iniquidades existentes. Nesse sentido, o caráter ético-político da ação sanitária em saúde do trabalhador compreende o entendimento de que o objetivo e a justificativa da intervenção é a melhoria das condições de trabalho e saúde. Refere-se ao compromisso ético, que devem assumir gestores e profissionais de saúde nas ações desenvolvidas, tanto no que diz respeito à dignidade dos trabalhadores, ao direito à informação fidedigna, ao sigilo, no que couber, das informações relativas ao seu estado de saúde e a sua individualidade, quanto em relação ao direito de conhecimento sobre o processo e os resultados das intervenções sanitárias, e de participação, inclusive na tomada de decisões.

6. A incorporação do princípio da precaução nas ações de saúde do trabalhador considera que, por precaução, medidas devem ser implantadas visando prevenir danos à saúde dos trabalhadores, mesmo na ausência da certeza científica formal da existência de risco grave ou irreversível à saúde. Busca, assim, prevenir possíveis agravos à saúde dos trabalhadores causados pela utilização de processos produtivos, tecnologias, substâncias químicas, equipamentos e máquinas, entre outros. Requer, na tomada de decisão em relação ao uso de determinadas tecnologias, que o ônus da prova científica passe a ser atribuído aos proponentes das atividades suspeitas de danos à saúde e ao ambiente.

7. A Vigilância em Saúde do Trabalhador (VISAT) é um dos componentes do Sistema Nacional de Vigilância em Saúde. Visa à promoção da saúde e a redução da morbimortalidade da população trabalhadora, por meio da integração de ações que intervenham nos agravos e seus determinantes decorrentes dos modelos de desenvolvimento

e processos produtivos (Portaria GM/MS Nº 3.252/09).

A especificidade de seu campo é dada por ter como objeto a relação da saúde com o ambiente e os processos de trabalho, abordada por práticas sanitárias desenvolvidas com a participação dos trabalhadores em todas as suas etapas. Como componente da vigilância em saúde e visando à integralidade do cuidado, a VISAT deve inserir-se no processo de construção da Rede de Atenção à Saúde, coordenada pela Atenção Primária à Saúde (Portaria GM/MS Nº 3.252/09). Nesta perspectiva, a VISAT é estruturante e essencial ao modelo de Atenção Integral em Saúde do Trabalhador.

A Vigilância em Saúde do Trabalhador compreende uma atuação contínua e sistemática, ao longo do tempo, no sentido de detectar, conhecer, pesquisar e analisar os fatores determinantes e condicionantes dos agravos à saúde relacionados aos processos e ambientes de trabalho, em seus aspectos tecnológico, social, organizacional e epidemiológico, com a finalidade de planejar, executar e avaliar intervenções sobre esses aspectos, de forma a eliminá-los ou controlá-los (Portaria GM/MS Nº 3.120/98).

Apresenta como características gerais:

- O caráter transformador: a Vigilância em Saúde do Trabalhador constitui um processo pedagógico que requer a participação dos sujeitos e implica em assumir compromisso ético em busca da melhoria dos ambientes e processos de trabalho. Dessa maneira, a ação de VISAT deve ter caráter proponente de mudanças e de intervenção sobre os fatores determinantes e condicionantes dos problemas de saúde relacionados ao trabalho.

- A importância das ações de promoção, proteção e prevenção: partindo do entendimento de que os problemas de saúde decorrentes do trabalho são potencialmente preveníveis, esta Política deve fomentar a substituição de matérias primas, de tecnologias e de processos organizacionais prejudiciais à saúde por substâncias, produtos e processos menos nocivos. As práticas de intervenção em VISAT devem orientar-se pela priorização de medidas de controle dos riscos na origem e de proteção coletiva.

- Interdisciplinaridade: a abordagem multiprofissional sobre o objeto da vigilância em saúde do trabalhador deve contemplar os saberes técnicos, com a concorrência de diferentes áreas do conhecimento e, fundamentalmente, o saber dos trabalhadores, necessários para o desenvolvimento da ação.

- Pesquisa-intervenção: o entendimento de que a intervenção, no âmbito da vigilância em saúde do trabalhador, é o deflagrador de um processo contínuo, ao longo do tempo, em que a pesquisa é sua parte indissolúvel, subsidiando e aprimorando a própria intervenção.

- Articulação intrasetorial: a Vigilância em Saúde do Trabalhador deve se articular com os demais componentes da Vigilância em Saúde - Vigilância Epidemiológica,

Vigilância Sanitária, Vigilância em Saúde Ambiental, Promoção da Saúde e Vigilância da Situação de Saúde.

- Articulação intersetorial: deve ser compreendida como o exercício da transversalidade entre as políticas de saúde do trabalhador e outras políticas setoriais, como Previdência, Trabalho e Meio Ambiente, e aquelas relativas ao desenvolvimento econômico e social, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

- Pluri-institucionalidade: articulação, com formação de redes e sistemas no âmbito da vigilância em saúde e com as universidades, os centros de pesquisa e demais instituições públicas com responsabilidade na área de saúde do trabalhador, consumo e ambiente.

8. A promoção da saúde e de ambientes e processos de trabalho saudáveis deve ser compreendida como um conjunto de ações, articuladas intra e intersetorialmente, que possibilite a intervenção nos determinantes do processo saúde-doença dos trabalhadores, a atuação em situações de vulnerabilidade e de violação de direitos e na garantia da dignidade do trabalhador no trabalho. A articulação intra e intersetorial deve buscar a adoção de estratégias que viabilizem a inserção de medidas de promoção e proteção da saúde dos trabalhadores nas políticas, públicas e privadas, mediante a garantia da participação do setor saúde/saúde do trabalhador na definição das políticas setoriais e intersetoriais. A indissociabilidade entre produção, trabalho, saúde e ambiente compreende que a saúde dos trabalhadores, e da população geral, está intimamente relacionada às formas de produção e consumo e de exploração dos recursos naturais e seus impactos no meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Nesta perspectiva, o principio da precaução deve ser incorporado como norteador das ações de promoção da saúde e de ambientes e processos de trabalho saudáveis, especialmente nas questões relativas à sustentabilidade socioambiental dos processos produtivos.

Isto implica na adoção do conceito de sustentabilidade socioambiental, como integrador de políticas públicas, incorporando nas políticas de desenvolvimento social e econômico o entendimento de que a qualidade de vida e a saúde envolvem o direito de trabalhar e viver em ambientes saudáveis e com dignidade, e ao mesmo tempo, evitando o aprofundamento das iniquidades e das injustiças sociais. A dignidade no trabalho refere-se à garantia da manutenção de relações éticas e de respeito nos locais de trabalho, o reconhecimento do direito dos trabalhadores à informação, à participação e à livre manifestação. Compreende também o entendimento da defesa e da promoção da qualidade de vida e da saúde como valores absolutos e universais.

9. A integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores, incluindo ações de promoção, vigilância, diagnóstico, tratamento, recuperação e reabilitação, a partir do reconhecimento das necessidades

de saúde da população. Cumpre ressaltar que esta Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora tem como componente estruturante a Vigilância em Saúde do Trabalhador, a ser desenvolvida de forma articulada com os demais componentes da Vigilância em Saúde e, especialmente, com a Atenção Primária à Saúde. A organização da atenção e o planejamento das ações de saúde do trabalhador devem contemplar as especificidades dos perfis das atividades produtivas e da população trabalhadora, considerando os problemas de saúde deles advindos, e sua distribuição nos territórios, em coerência à análise da situação de saúde dos trabalhadores.

10. Integração da Vigilância em Saúde do Trabalhador com os demais componentes da Vigilância em Saúde e com a Atenção Primária em Saúde:

- Considerando que a vigilância em saúde do trabalhador compreende um conjunto de ações e práticas que envolvem desde a vigilância sobre os agravos relacionados ao trabalho, tradicionalmente reconhecida como vigilância epidemiológica; intervenções sobre fatores de risco, ambientes e processos de trabalho, compreendendo ações de vigilância sanitária, até as ações relativas ao acompanhamento de indicadores para fins de avaliação da situação de saúde e articulação de ações de promoção da saúde e de prevenção de riscos, fica clara a existência de interfaces com os demais componentes da vigilância em saúde.

- Frequentemente os riscos advindos dos processos produtivos extrapolam os limites dos ambientes de trabalho e atingem, em maior ou menor grau, as comunidades e populações no entorno, ou até de locais mais distantes. Por outro lado, problemas de saúde, endemias e epidemias que atingem a população geral também afetam grupos de trabalhadores ou locais de trabalho específicos. Assim, pode-se observar certa superposição de ambientes, lugares e pessoas, que resultam na confluência de objetos e campos de atuação entre as vigilâncias epidemiológica, sanitária, em saúde ambiental e de saúde do trabalhador, incluindo o papel das redes, nacional e estadual, de laboratórios de saúde pública e dos setores responsáveis pelo acompanhamento e monitoramento das informações em saúde.

- O fortalecimento da capacidade de atuação e das competências técnicas e legais da vigilância em saúde do trabalhador e a integração das práticas entre as vigilâncias são, portanto, estratégicas para a obtenção de melhores resultados na proteção da saúde dos trabalhadores.

- Por outro lado, considerando a integralidade do cuidado e seu papel estruturante no processo de construção da Rede de Atenção à Saúde, cabe também à Atenção Primária à Saúde o desenvolvimento de ações de VISAT, em seu âmbito de atuação e complexidade, e conforme o perfil produtivo e da população trabalhadora em seu território. Para viabilizar essas ações é fundamental a integração das vigilâncias com a Atenção Primária

à Saúde.

- A nova política nacional de atenção básica preconiza a inserção de profissionais especializados como uma possibilidade de apoio matricial a ser desenvolvido pelo NASF, conforme sua nova regulamentação, o que demanda a articulação entre as equipes técnicas envolvidas nas ações de saúde do trabalhador.

11. Análise do perfil produtivo e da situação de saúde dos trabalhadores: o conhecimento da situação de saúde dos trabalhadores depende fundamentalmente da produção e sistematização das informações existentes em diversas fontes de dados e de interesse para o desenvolvimento das políticas de saúde do trabalhador, envolvendo o conhecimento sobre o perfil das atividades produtivas, da população trabalhadora, a realidade do mundo do trabalho, e a análise do perfil de morbimortalidade dos trabalhadores e de outros indicadores sociais, nos territórios.

A análise da situação de saúde dos trabalhadores visa subsidiar o planejamento e a tomada de decisão dos gestores nas diversas esferas de gestão do SUS, assim como servir aos interesses e necessidades dos trabalhadores e da população. Além disso, deve subsidiar a permanente avaliação das políticas públicas e privadas, das empresas, dos trabalhadores e seus sindicatos, contribuindo inclusive na revisão, atualização e proposição de normas técnicas e legais. Para tal, as informações devem ser oportunas, fidedignas, inteligíveis e de fácil acesso.

12. Considerando o princípio de que a saúde do trabalhador é uma ação transversal a ser incorporada em todos os níveis de atenção e esferas de gestão do SUS, a capacidade de identificação da relação entre o trabalho e o processo saúde-doença deve ser implementada desde a atenção primária até o nível terciário, na Rede de Atenção à Saúde, incluindo as ações de Vigilância em Saúde. Ao mesmo tempo em que estes níveis de atenção se estabelecem com a lógica operacional da hierarquização e da regionalização, deve-se buscar o seu funcionamento enquanto rede solidária, resolutiva e de compartilhamento de saberes, práticas e de produção de conhecimento.

13. Ações de Saúde do Trabalhador junto à Atenção Primária em Saúde (APS):

A Atenção Primária em Saúde é ordenadora da Rede de Atenção à Saúde do SUS, conforme consta na Portaria GM/MS Nº 4.279, de 30 de dezembro de 2010. Neste sentido, as equipes da APS e de saúde do trabalhador devem atuar de forma articulada para garantir o desenvolvimento de ações no âmbito individual e coletivo, abrangendo a promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, a prevenção de agravos relacionados ao trabalho, o diagnóstico, tratamento, reabilitação e manutenção da saúde.

A ação da APS é desenvolvida por meio do exercício de práticas gerenciais e sanitárias democráticas e participativas, sob a forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios bem delimitados, considerando a dinamicidade existente no

território em que vivem essas populações. Assim, cabe à APS considerar sempre que os territórios são espaços sócio-políticos dinâmicos, com trabalhadores residentes e não residentes, executando atividades produtivas e de trabalho em locais públicos e privados, peri e intradomiciliares.

14. Ações de Saúde do Trabalhador junto à Urgência e Emergência:

Os pontos de atenção às urgências e emergências constituem lócus privilegiado para a identificação dos casos de acidentes de trabalho graves e fatais, incluindo as intoxicações exógenas, assim como para o devido encaminhamento das informações aos setores de vigilância em saúde (e vigilância em saúde do trabalhador). Dada a frequência e gravidade desses casos, que são de notificação compulsória, aumenta a importância estratégica deste nível de atenção à saúde do SUS, possibilitando, a partir da notificação, o desencadeamento de medidas de prevenção e controle nos ambientes e locais de trabalho.

Desse modo, a articulação desta Política com a Política Nacional de Urgência e Emergência e com a Política Nacional de Redução de Morbimortalidade por Acidentes e Violências, e seus desdobramentos nos estados e municípios, são estratégicos para a garantia da integralidade da atenção à saúde do trabalhador.

15. Ações de Saúde do Trabalhador junto à Atenção Especializada (Ambulatorial e Hospitalar):

Considerando a lógica operacional da hierarquização e da regionalização das ações e serviços de saúde, os pontos de atenção especializada são essenciais para a garantia da integralidade do cuidado aos trabalhadores portadores de agravos à saúde relacionados ao trabalho. Assim, diagnóstico, tratamento e reabilitação desses agravos devem ser viabilizados na rede, conforme o perfil epidemiológico e as necessidades de saúde do trabalhador em cada região.

16. Fortalecimento e ampliação da articulação intersetorial:

- A atuação intersetorial é pressuposto constituinte da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora e condição para a obtenção de impactos positivos na intervenção nos determinantes das condições de saúde e trabalho.

- Deve ser entendida como a "... articulação entre sujeitos de setores sociais diversos, saberes, poderes e vontades, para enfrentar problemas complexos. É uma nova forma de trabalhar, de governar e de construir políticas públicas que possibilite a superação da fragmentação dos conhecimentos e das estruturas sociais para produzir efeitos mais significativos na saúde da população". (Rede Unida)

- Sua prática possibilita o estabelecimento de estratégias de planejamento conjunto e articulado entre as políticas públicas, de modo a garantir a transversalidade das questões de saúde do trabalhador, de forma complementar, cooperativa e solidária.

- A intersetorialidade permite o estabelecimento de espaços compartilhados entre instituições e setores de governos e entre diferentes esferas de governo - federal, estadual e municipal -, que atuam na produção da saúde, na formulação, implementação e acompanhamento de políticas, públicas e privadas, que possam ter impacto sobre a saúde da população. Nos estados e municípios envolve órgãos dos governos locais, estaduais e municipais, estruturas derivadas dos ministérios que atuam nas regiões, tais como Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego (SRTE), Superintendências Regionais do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e unidades descentralizadas da Fundacentro, Ministério Público, universidades, centros de pesquisas, entre outros.

17. Estímulo à participação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social:

- O fortalecimento e a ampliação da participação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social, na formulação, no planejamento, na gestão e no desenvolvimento das políticas e das ações em saúde do trabalhador, devem considerar as configurações do mundo do trabalho, as mudanças nos processos produtivos e na estrutura sindical, e o crescimento das relações informais e precárias de trabalho.

- Isso requer a busca de alternativas para a ampliação da representação dos trabalhadores nas instâncias de participação e controle social. Dessa forma, além dos trabalhadores inseridos no mercado formal de trabalho e suas organizações sindicais, sugerem-se esforços que equacionem a participação de outras representações sociais que congreguem os trabalhadores de setores da economia informal, de produção agrícola, pescadores, comunidades tradicionais, trabalhadores rurais sem terra, quilombolas, trabalhadores autônomos e outros; dos empregadores; de grupos sociais e movimentos ambientalistas; com vistas à identificação de soluções e compromissos que favoreçam a promoção e a proteção da saúde de todos os trabalhadores.

- A participação da comunidade, dos trabalhadores e do controle social em saúde do trabalhador deve ser concebida como parte do controle social do SUS e deve estar em consonância com os princípios e diretrizes da Política de Gestão Estratégica e Participativa do SUS.

18. Desenvolvimento e capacitação de recursos humanos

- A capacitação dos profissionais para o desenvolvimento das ações em saúde do trabalhador tem importância estratégica na operacionalização desta Política. Esta qualificação deverá considerar a necessidade de harmonização dos conceitos e valores, e de mudanças nos processos de trabalho e nas práticas de saúde das equipes multiprofissionais nas três esferas de gestão do SUS, de modo a operar efetivamente como redes de atenção solidárias e compartilhadas e na perspectiva de viabilização de apoio institucional e matricial.

- Esse processo - abrangendo as esferas cognitivas e das competências, habilidades e atitudes - deverá proporcionar a preparação de profissionais, em quantidade suficiente, envolvendo a qualificação nas dimensões da gestão, planejamento e acompanhamento, da vigilância de agravos e dos ambientes e processos de trabalho, da assistência (diagnóstico, tratamento e reabilitação), da produção de informações e comunicação em saúde e da organização dos serviços.

Entre as habilidades a serem incentivadas, figura a de permanente diálogo com as demais instituições responsáveis pelas ações de saúde dos trabalhadores, os trabalhadores e os empregadores, para que se efetive o controle social.

19. Garantia do financiamento das ações de saúde do trabalhador

- O financiamento das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de governo, conforme o disposto na Constituição Federal e nas Leis nº 8.080, de 1990, e nº 8.142, de 1990. Por isso, o desenvolvimento da PNST no SUS deve ser garantido através das fontes de financiamento do próprio sistema de saúde, devendo ser contemplada de modo adequado e permanente nos orçamentos de saúde da União, Estados, Municípios e DF, além de outras fontes.

- As ações de saúde do trabalhador, a serem desenvolvidas conforme esta Política e as políticas estadual e municipal de saúde, deverão contar com a respectiva previsão orçamentária, definida nos planos e nas programações anuais de saúde, nas três esferas de gestão do SUS.

- Para a garantia do financiamento, as ações de promoção e vigilância, de atenção à saúde do trabalhador, de educação permanente, entre outras, devem ser incluídas nos planos de saúde com especificação das respectivas necessidades orçamentárias e financeiras em cada um dos blocos de financiamento do SUS, conforme legislação específica, uma vez que as ações de saúde do trabalhador devem ser executadas por todos os pontos da rede, conforme a complexidade e densidade tecnológica de cada uma delas.

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 responsa-

bilidade 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 emXXXXX de 2013.
Tiragem de 1.000 exemplares.