



REVISTA BRASILEIRA
**DE DIREITO
DA SAÚDE**

Ano III • Número 4 • Janeiro a Junho de 2013





Revista Brasileira de Direito da Saúde

Publicação semestral da Femipa – Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná, à qual se reserva todos os direitos, com apoio da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB, 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

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013. Femipa – Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná.

Pág. 284

Semestral

ISSN 2238-0477

1. Direito. 2. Saúde.

CDU – 342.7



Luiz Soares Koury

Presidente da Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais beneficentes do Estado do Paraná (Femipa)

Maçazumi Furtado Niwa

Coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde

Fernando Borges Mânica

Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde

Conselho Editorial

André Gonçalo Dias Pereira (Universidade de Coimbra)

Fernando Augusto de Melo Guimarães (TCE-PR)

Gilmar de Assis (MP-MG)

Gustavo Justino de Oliveira (USP)

José Eduardo Sabo Paes (MP-DF)

Miguel Kfourir Neto (TJ-PR)

Paulo Bonavides (UFCE)

Paulo Garrido Modesto (MP-BA e UFBA)

Vanessa Verdolim Hudson de Andrade (TJ-MG)

Colaboradores deste Volume

Bruno Milano Centa, Josenir Teixeira, Silvio Felipe Guidi e Vanessa Assis Baruffi

Diagramação

Paulo Henrique Benczik

SUMÁRIO

PÁGINA
07

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

PÁGINA
09

**A IMPERTINENTE IGUALAÇÃO DAS ENTIDADES DE
FINS NÃO ECONÔMICOS ÀS EMPRESAS LUCRATIVAS:
COMENTÁRIOS À SÚMULA 481 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Josenir Teixeira



PÁGINA
43

A GESTÃO JURÍDICA DE RISCO MÉDICO-HOSPITALAR

Silvio Felipe Guidi



PÁGINA
63

**A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: A PERICLITANTE
LACUNA LEGISLATIVA**

Bruno Milano Centa



PÁGINA
81

**ALTA MÉDICA A PEDIDO DO PACIENTE: REFLEXÕES
JURÍDICAS**

Vanessa Assis Baruffi



www.femipa.org.br

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (I)

POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR MELHORIAS EM SERVIÇOS DE HOSPITAL PÚBLICO

PÁGINA

105

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (II)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE ENTES FEDERATIVOS PELO NÃO FORNECIMENTO DE EXAME

PÁGINA

117

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (I)

DANO MORAL POR RECUSA DE PLANO DE SAÚDE EM AUTORIZAR TRATAMENTO DE CÂNCER

PÁGINA

129

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (II)

DEVER DO HOSPITAL DE INDENIZAR PAIS DE BEBÊ QUE MORREU SEM ATENDIMENTO

PÁGINA

137

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (III)

IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DOS RECURSOS PÚBLICOS RECEBIDOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS PARA APLICAÇÃO COMPULSÓRIA EM SAÚDE

PÁGINA

181

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (IV)

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM CASO DE ERRO MÉDICO

PÁGINA

191

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE USUÁRIO DE DROGAS PELO ESTADO

PÁGINA

213

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

SUMÁRIO

LEGISLAÇÃO

PÁGINA
223

Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013

PÁGINA
229

Medida Provisória nº 621, de 8 de julho de 2013

PÁGINA
253

Portaria nº 963, de 27 de maio de 2013, do Ministério da Saúde

PÁGINA
271

Portaria nº 529, de 1º de abril de 2013, do Ministério da Saúde

NORMALIZAÇÕES

PÁGINA
279

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

PÁGINA
281

NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que apresentamos à comunidade científica e profissional a quarta edição da Revista Brasileira de Saúde – RBDS, organizada pela Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná – FEMIPA, alavancada pelo estrondoso sucesso das edições anteriores.

A presente edição, visualmente reformulada para melhor agradar ao leitor, surge num momento em que o Direito da Saúde palpita nos noticiários nacionais, principalmente diante da proposta de alterações ao Curso de Medicina, do Programa 'Mais Médicos', ambos lançados pelo Governo Federal, bem como da promulgação da Lei do Ato Médico.

Esta quarta edição traz artigos de doutrinadores do Direito e de Pesquisadores e Advogados militantes na área de Saúde, versando sobre temas como: gestão do risco médico-hospitalar; terceirização na área da saúde; a questão da alta médica a pedido do paciente; assistência judiciária gratuita para hospitais beneficentes.

Segue renovada e substancialmente ampliada a pesquisa de legislação, com a inclusão do texto integral da Medida Provisória n. 621/2013 (Programa Mais Médicos); da Lei n. 12.842/2013 (Dispõe sobre o exercício da Medicina – Lei do Ato Médico); da Portaria n. 529/2013-MS (Programa Nacional de Segurança do Paciente); e da Portaria n. 963/2013-MS (Redefine a atenção domiciliar no SUS).

Na seara jurisprudencial, trazem-se importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, tratando particularmente da temática sanitária.

Espera-se que a presente edição, aliada à recente atuação massiva do Governo Federal na área da saúde, permita que mantenhamos o fôlego no estudo do Direito da Saúde, tema que ainda é tão carente de produção no país.

Luiz Soares Koury

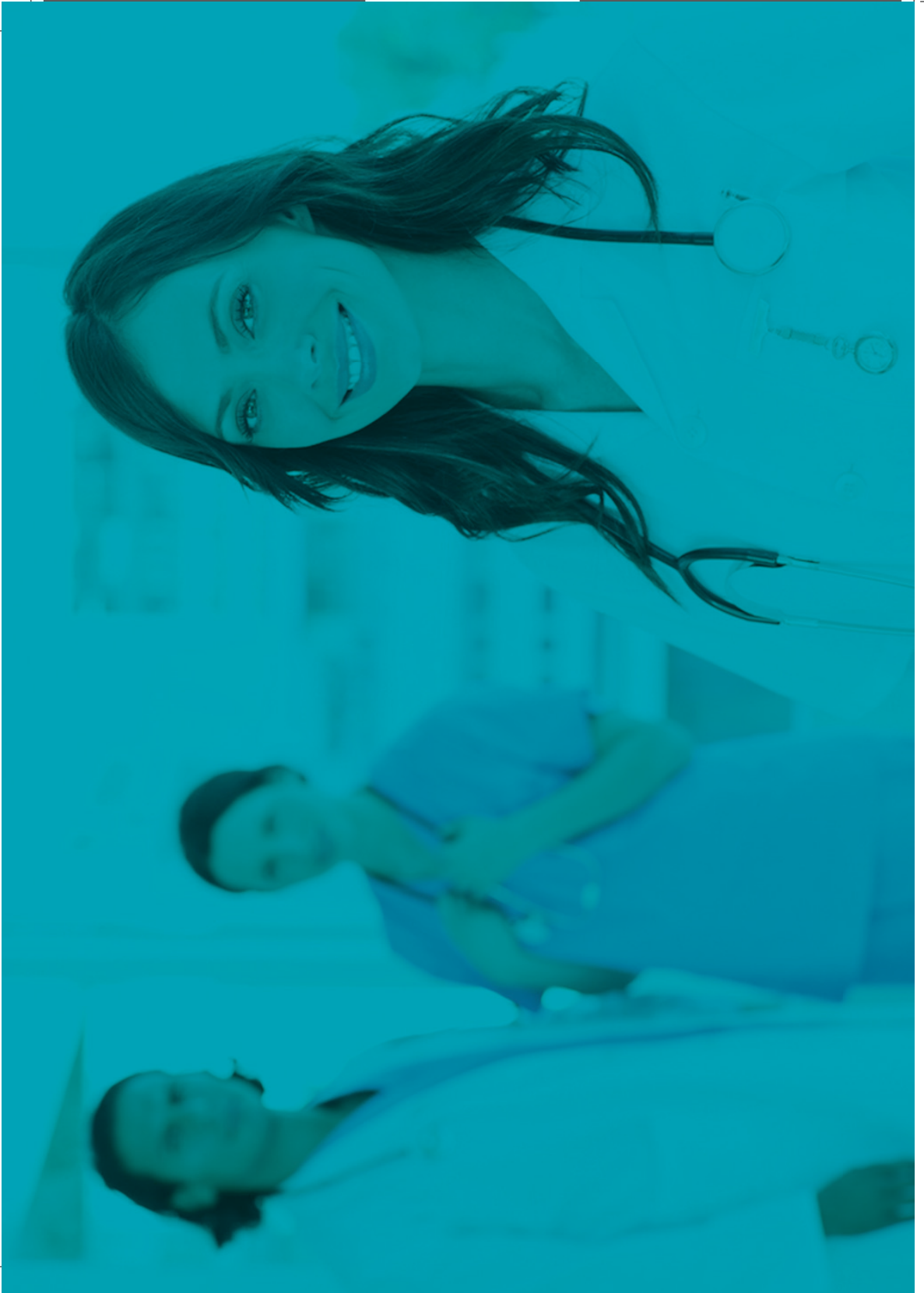
Presidente da Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná (Femipa)

Maçazumi Furtado Niwa

Coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde

Fernando Borges Mânica

Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde





A IMPERTINENTE IGUALAÇÃO DAS ENTIDADES DE FINS NÃO ECONÔMICOS ÀS EMPRESAS LUCRATIVAS: COMENTÁRIOS À SÚMULA 481 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-

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

-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, Opiniões 2* (edições próprias) e *O Terceiro Setor em Perspectiva: da estrutura à função social* (www.editoraforum.com.br). É articulista 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. Brevíssimo contexto histórico do surgimento da Lei n. 1.050/60. 3. O objetivo da Lei n. 1.050/60 e seu conteúdo. 4. A possibilidade de concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas. 5. As diferenças entre pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos. 6. A obrigatoriedade de as pessoas jurídicas com fins lucrativos demonstrarem sua incapacidade financeira. 7. Os precedentes da Súmula n. 481, STJ. 8. Conclusão

RESUMO: O Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou postura que vinha adotando há 62 anos e passou a exigir que a parte interessada em se beneficiar dos efeitos da justiça gratuita prove a sua incapacidade de pagar os encargos processuais. E pior: o STJ equiparou, como se isso fosse possível, as pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos, como se entre ambas não houvesse abismo imenso de peculiaridades que impede o seu igualamento. É sobre o equívoco e a impertinência da Súmula 481, do STJ, que trata este artigo, que conclui pela necessidade imediata da sua revisão, revogação ou alteração legislativa que passe a direcionar de forma diferente a atuação do STJ, neste particular.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Fins não econômicos. Fins lucrativos. Custas. Despesas. Isenção. Desoneração. Prova. Desnecessidade. Necessidade.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos sessenta e dois anos, o Judiciário brasileiro adotou postura facilitadora e permissiva aos usuários da justiça em relação à aplicação da Lei n. 1.060, editada em 1950. E isso se dava porque a própria lei (ainda) prevê que a simples afirmação/declaração^{1 2} da parte, de que é pobre^{3 4}, basta (ou bastava) para o deferimento do pedido e automático gozo das benesses legais.

Todavia, o Judiciário mudou seu entendimento no dia vinte e oito de junho de 2012, quando a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula n. 481, publicada em primeiro de agosto do mesmo ano, assim redigida:

Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Além de obrigar a parte a “demonstrar sua incapacidade de arcar com os encargos processuais”, a Súmula promoveu indevida equiparação da “pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos”, partindo da premissa de que a natureza jurídica de sua constituição pouco importa, renegando a importantíssimos conceitos jurídicos que as diferenciam. E em muito.

1 Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 232.579.1/2. Quinta Câmara Civil. Relator Desembargador Silveira Netto. J. 24.11.1994. in RT 716/169. Ementa: “Justiça gratuita. Suficiência da declaração de pobreza para a sua concessão. Negativa do benefício que somente poderá ocorrer por fundamentadas razões.”

2 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 38.124-0. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 20.10.1993. P. 29.11.1993.

3 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 9ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 2007.002.35859. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. P. 08.01.2008. “É relativa a presunção de pobreza que milita em favor daquele que afirma essa condição, consoante § 1º do artigo 4º, da Lei n. 1.060/50, o que permite ao juiz considerá-la insuficiente para a concessão do benefício da gratuidade de justiça, sempre que a situação for incompatível com o benefício pleiteado. No entanto, tendo em vista o princípio de acessibilidade inserto na CRFB/88 – artigo 5º, XXXV -, é possível postergar o recolhimento das custas do processo ou o seu parcelamento, antes da prolação da sentença, como se infere do Enunciado Administrativo nº 27, do Fundo Especial deste Tribunal de Justiça.”

4 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 207.382-2. Primeira Turma. Relator Ministro Ilmar Galvão. J. 22.04.1997. P. 19.09.1997. in RT 748/172. Ementa: “Justiça gratuita. Necessidade de simples afirmação de pobreza da parte para a obtenção do benefício. Inexistência de incompatibilidade entre o art. 4º da Lei 1.060/50 e o art. 5º, LXXIV, da CF.” Na fundamentação do acórdão colhe-se a citação dos Recursos Extraordinários n. 205.746 e 205.029, da Segunda Turma do STF, como precedentes da questão decidida.

É sobre estes aspectos que discorreremos brevemente neste artigo, buscando demonstrar a impropriedade cometida pela Súmula em questão.

2. BREVÍSSIMO CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA LEI N. 1.060/50.

O Maracanã, maior estádio de futebol do mundo, foi construído em 1950 para receber os jogos da Copa do Mundo que se realizaria naquele ano, depois de interrupção devido à Segunda Guerra Mundial. Treze seleções mundiais participaram da Copa. A Argentina não participou, em protesto, por não ter sido escolhida para sediar o evento. Sabemos o que aconteceu nesta Copa: o Uruguai venceu o Brasil na final (2x1) e calou os mais de 174 mil pagantes e 50 mil penetras presentes ao estádio, fato até hoje lamentado pelos brasileiros e bastante lembrado ultimamente, em razão de a final da Copa do Mundo de 2014 se realizar no mesmo estádio do Maracanã.

A década de 1950 foi apelidada de *Anos dourados* e, também, de *a idade do ouro* do cinema. É considerada uma época de transição entre o período de guerras da primeira metade do século XX e o período das revoluções comportamentais e tecnológicas da segunda metade. Deu-se o início da chegada da televisão em Portugal e no Brasil e houve importantes descobertas científicas, como o ADN (Ácido Desoxirribonucleico, ou DNA) e a vacina para a poliomielite.

E foi em 1950, no dia cinco de fevereiro, que o presidente Eurico Gaspar Dutra promulgou a Lei n. 1.060, que estabeleceu normas para a concessão da justiça gratuita aos necessitados. Esta lei foi publicada no Diário Oficial da União em 13 de fevereiro de 1950 e entrou em vigor trinta dias depois (art. 19).

3. O OBJETIVO DA LEI N. 1.060/50 E SEU CONTEÚDO

O benefício da justiça gratuita pressupõe a ausência de recursos⁵ e foi instituído, originariamente, para assegurar às pessoas naturais o

5 Tribunal Superior do Trabalho. Primeira Turma. Recurso de Revista n. 928/2001-011-15-00.5. Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa. P. 16.06.2008. Ementa: "[...] Não se confundem o benefício

efetivo cumprimento do mandamento constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário.

“Necessitado” é definido no artigo 2º de referida lei como “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

O Superior Tribunal de Justiça, provocado, já decidiu que o benefício estipulado pela lei aqui em estudo possui alcance amplo e que, dentro da categoria de “necessitado” se incluem não somente as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas^{6 7 8}, com e sem fins lucrativos, com (até então) diferentes formas para aferição da sua hipossuficiência financeira.

Os benefícios da justiça gratuita, ou assistência judiciária, são “individuais e concedidos em cada caso ocorrente” (art. 10) e compreendem isenção em relação a “todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias” (art. 9º), especificamente a I) taxas judiciárias; II) emolumentos e custas; III) despesas com as publicações; IV) [...]; V) honorários de advogado e peritos; VI) despesas com a realização do exame de código genético – DNA (incluído pela Lei n. 10.317/01); VII) depósitos previstos em lei para interposição de recurso,

da justiça gratuita e o instituto da litigância de má-fé no processo. A Constituição Federal recepcionou o instituto da assistência judiciária (art. 5º, LXXIV), desde que o pedido seja formulado por meio de simples declaração de pobreza, sem necessidade da respectiva comprovação (OJ nº 304 da SDI-1 do TST). O benefício só poderá ser revogado se houver demonstração da modificação patrimonial da parte, e não por ter sido reputada litigante de má-fé, conduta que pode implicar nas penalidades previstas no art. 18 do CPC, entre as quais não se inclui a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais. Recurso de revista conhecido e provido.”

6 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 197.800. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. J. 01.06.2000. P. 21.08.2000.

7 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.015.372. Corte Especial. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 17.06.2009. P. 01.07.2009. Ementa: “[...] O benefício da gratuidade pode ser concedido às pessoas jurídicas apenas se comprovarem que dele necessitam, independentemente de terem ou não fins lucrativos. Precedente da Corte Especial.”

8 Cite-se, por todas, a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná prolatada no Agravo de Instrumento n. 91.351-3 (Maringá), Relatora Desembargadora Regina Afonso Portes. J. 22.08.2000. “[...] A gratuidade da justiça, sob minha ótica, não pode ser benefício restrito às pessoas físicas. Observo que não se trata de analisar se o benefício cabe a pessoa física ou jurídica, mas sim a necessidade de quem a está requerendo. [...] De fato, a lei não distingue os necessitados, pessoa física ou jurídica, de modo que a pessoa jurídica pode encontrar-se em situação tal que não lhe permita pagar as custas processuais e honorários advocatícios.” É mencionada na fundamentação o Recurso Especial n. 122.129 (DJ 10.11.1997), do Superior Tribunal de Justiça.

ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório (incluído pela Lei Complementar n. 132/09), conforme está descrito no seu artigo 3º.

O acesso ao gozo de tais benefícios se dá (ou se dava) “mediante simples afirmação, na própria petição inicial⁹, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”, sendo que “presume-se pobre, até prova em contrário¹⁰, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais”, conforme prevê o artigo 4º da lei e seus parágrafos.

A própria lei prevê (art. 7º) que “a parte contrária¹¹ poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos

9 Tribunal Regional do Trabalho. Segunda Região. Recurso Ordinário n. 2479-2007-069-02-00-3. Relator Juiz Roberto Husek. P. 12.09.2008. Ementa: “JUSTIÇA GRATUITA - ADVOGADO PARTICULAR – POSSIBILIDADE. Ainda que o autor tenha acionado o Judiciário com advogado por ele contratado e não com patrocínio do Sindicato, nos termos da Lei 5.584/70, entendemos possível acolher-se o pedido de justiça gratuita. A Lei 5.584/70 ao se referir a assistência judiciária na Justiça do Trabalho, não está se referindo ao pagamento das despesas processuais. A exigência ali contida, para fins de declaração de pobreza, foi revogada pela Lei 7.150 de 4 julho de 1986, que dispõe: Art. 4º – A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Tal lei revogou os artigos 1º e 4º da Lei 1.060/50, remanescendo em vigor o artigo 6º do referido diploma: Art. 6º – O pedido, quando formulado no curso da ação, não a suspenderá, podendo o Juiz, em face das provas, conceder ou denegar de plano o benefício de assistência... Além do que o § 3º, do artigo 790, da CLT, admite a dispensa do recolhimento das custas processuais até de ofício. Existindo, pois, pedido de benefício na inicial, bem como juntada a declaração de pobreza, os requisitos básicos para a concessão estão atendidos.

10 Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 646.649. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. J. 12.08.2008. P. 15.09.2008. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO FORMULADO JÁ NO CURSO DO PROCESSO. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ELEMENTOS FÁTICOS QUE REVELAM INCOMPATIBILIDADE COM O ESTADO DE POBREZA DECLARADO. REVISÃO IMPOSSÍVEL. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA. I. Pode o juiz exigir a comprovação do estado de necessidade se a parte somente fez o pedido de gratuidade bem após o início do processo de execução, a indicar que possuía condições de custeio das despesas. [...]”

11 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 945.153. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. J. 04.11.2008. P. 17.11.2008. Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. COMPROVAÇÃO DE MISERABILIDADE. DESNECESSIDADE. ÔNUS DA PARTE EX-ADVERSA PROVAR O CONTRÁRIO. 1. No que toca à concessão de gratuidade de justiça, “para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corroborada à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica.” (ERESP 388.045/RS, Rel. Min. GILSON DIPP, Corte Especial, DJ de 22.09.2003). 2. Agravo regimental desprovido.”

essenciais à sua concessão”¹², sendo que, “ocorrendo as circunstâncias mencionadas no artigo anterior (7º), poderá o juiz, ex-offício, decretar a revogação dos benefícios¹³, ouvida a parte interessada dentro de quarenta e oito horas improrrogáveis.” (art. 8º)¹⁴

O artigo 12 da lei em debate assim disciplina a prescrição: “A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

Curiosidade constante do artigo 18 de tal lei: “Os acadêmicos de direito, a partir da 4ª série, poderão ser indicados pela assistência judiciária, ou nomeados pelo juiz para auxiliar o patrocínio das causas dos necessitados, ficando sujeitos às mesmas obrigações impostas por esta Lei aos advogados.”

12 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 16ª Câmara Civil. Apelação Cível n. 70.022.373.559. Relator Desembargador Paulo Augusto Monte Lopes. P. 07.02.2008. “Constitui ônus do impugnante provar que a impugnada possui condições de pagar as custas e honorários advocatícios, conforme norma contida no artigo 7º da Lei nº 1.060/50, ônus do qual se desincumbiu o impugnante, pois logrou êxito em demonstrar a alegada capacidade econômica da impugnada, que possui veículo e imóvel de luxo, tendo realizado cirurgias estéticas, situação incompatível com a alegação da impugnada de que recebe remuneração mensal de apenas um salário mínimo, estando demonstrado que possui condições para responder pelas despesas do processo, devendo ser revogado o benefício deferido.”

13 Tribunal Regional Federal. Terceira Região. Agravo de instrumento n. 2004.03.00.062876-4. Primeira Turma. Relator convocado Juiz Márcio Mesquita. P. 10.04.2008. “Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de justiça gratuita. Nos termos do artigo 4º, caput, e § 1º, da Lei nº 1.060/50, gozará de presunção relativa de pobreza a parte que afirmar, na própria petição inicial, que não tem condições de arcar com as despesas processuais e com os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de seus familiares. A agravante trouxe aos autos prova de que cumpriu o disposto no artigo 4º da Lei nº 1.060/50. É certo que, não obstante tenha a parte apresentado a declaração referida no aludido dispositivo legal, e diante de outros elementos constantes dos autos, indicativos de capacidade econômica, pode o Juiz determinar que o interessado comprove o estado de miserabilidade, ou mesmo indeferir o benefício da assistência judiciária, com fundamento no artigo 5º do referido diploma legal. O fato de a parte estar sendo representada por advogado particular ou possuir bens imóveis, por si só, não tem o condão de infirmar a presunção de penúria. Agravo de instrumento provido.”

14 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 785.043. Quarta Turma. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. J. 15.05.2007. P. 04/06/2007). Ementa: “É admitido ao juiz, quando tiver fundadas razões, indeferir pedido de assistência judiciária gratuita, não obstante declaração da parte de que a situação econômica não lhe possibilita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (Lei nº 1.060/50).”

4. A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Por décadas, o Judiciário brasileiro entendeu que as pessoas jurídicas não faziam jus à concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, ainda hoje, em 2013, lemos despachos de magistrados que comungam dessa opinião. Alguns se dobram às decisões superiores e, após manifestarem seus pontos de vista, decidem conforme a hierarquia. Outros mantêm seu entendimento e decidem de forma contrária às Cortes Superiores, o que posterga por anos o encerramento da discussão, quando, finalmente, os Tribunais cassam a decisão *a quo* que desafiou as suas orientações.

Fato é que as pessoas jurídicas são destinatárias dos benefícios da justiça gratuita.¹⁵

Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em curioso caso julgado em 1997, que “o acesso à ordem jurídica justa que a assistência gratuita permite não é um direito exclusivo das pessoas físicas, podendo ser reconhecido à sociedade comercial que, sem caixa e sem atividade, busca indenização securitária pelos danos de incêndio que destruiu completamente seu parque industrial.” Afirmou o Desembargador Relator deste caso que

Não é heresia admitir que uma sociedade civil ou comercial, para exercer com plenitude o direito público de demandar, necessite da proteção do Estado, a exemplo do que sucede com a pessoa física carente e que necessita de amparo – leia-se anistia das despesas do processo – para obter resposta dos Juízes sobre seus anseios e insatisfações sociais.

Pelo menos PONTES DE MIRANDA, ao comentar o art. 69 do CPC, revogado, afirmou que “O Código não pré-exclui benefício de gratuidade a favor de pessoas jurídicas” (Com. ao CPC, Forense, 1958, I/437) [...]

Discriminar a pessoa jurídica, na avaliação dos beneficiários da gratuidade, é afronta à lógica do princípio da igualdade processual (art. 125, I, do CPC), um enunciado constitucional concebido para permitir que o processo sirva aos necessitados no plano econômico e jurídico, como serve ao rico usuário. [...]

O caráter pessoal [do benefício] interpreta-se com o que é intransferível e não com exclusividade do conceito de miserabilidade humana como condição de assistência ao litigante – pessoa física – pobre e carente. [...]

15 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 258.174. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 15.08.2000. P. 25.09.2000.

A excepcionalidade de certas situações permite recepcionar pedidos de assistência judiciária às pessoas jurídicas, uma garantia do amplo acesso à Justiça para todos os necessitados de apoio econômico (art. 5º, LXXIV, da CR e art. 10 da L. 1.060/50). Essa a interpretação consentânea com a doutrina moderna do processo.¹⁶

Não é de hoje que o Superior Tribunal de Justiça sacramentou a possibilidade de concessão dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas. Eis um de seus julgados, de 1997:

O acesso ao Judiciário é amplo, voltado também para as pessoas jurídicas. Tem, como pressuposto a carência econômica, de modo a impedi-los de arcar com as custas e despesas processuais. Esse acesso deve ser recepcionado com liberalidade. Caso contrário, não será possível o próprio acesso, constitucionalmente garantido. O benefício não é restrito às entidades pias, ou sem interesse de lucro. O que conta é a situação econômico-financeira no momento de postular em juízo (como a autora, ou ré).¹⁷

Em julgamento realizado no ano 2000, que envolvia microempresa individual, o ministro Eduardo Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça, consignou: *“Já decidiu esta Corte que a referida norma [Lei n. 1.060/50] tem alcance amplo, não fazendo distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, especialmente quando voltadas para atividades não lucrativas. Cito como precedentes os Recursos Especiais 70.469, 111.423, 132.495, 135.181, 208.812, 223.129, entre outros.”*¹⁸

Pelo menos por enquanto não cabe discussão em relação ao fato de as pessoas jurídicas poderem ser destinatárias dos benefícios da justiça gratuita.

16 Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 050.101-4/7. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. J. 05.08.1997.

17 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 127.330. Sexta Turma. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. J. 23.06.1997. P. 01.09.1997.

18 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 197.800. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. J. 01.06.2000. P. 21.08.2000.

5. AS DIFERENÇAS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS COM E SEM FINS LUCRATIVOS

Não vamos aqui nos deter sobre a vertente do acesso à justiça¹⁹ que os benefícios da assistência judiciária proporcionam, assunto que parece intrínseco àquele instituto.²⁰ Devemos passar imediatamente à questão posta, que é a inapropriada falta de distinção entre pessoas ju-

19 Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 050.101-4/7. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. J. 05.08.1997. "Que a exigência do pagamento de custas para uma petição inicial formar uma lide representa um ônus que embaraça o exercício do direito de ação, isso é inegável, tanto que a própria L. 1.060/50 veio para eliminar esse óbice aos que, carentes de recursos financeiros, abandonavam, antes de começar, a briga judicial para não comprometer receitas indispensáveis para a sobrevivência própria e o de dependentes."

20 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeiro Grupo Cível. Mandado de Segurança n. 70.022.866.339. Relator Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal. P. 25.08.2008. "JUSTIÇA GRATUITA. EXTENSÃO DA GRATUIDADE AOS ATOS REGISTRALIS E NOTARIAIS. PROVIMENTO 38/2007 da CGJ-RS. A Corregedoria-Geral da Justiça, dando cumprimento ao disposto no artigo 38, da Lei nº 8.935/94, levou a efeito o Provimento CGJ nº 38/2007, estendendo aos beneficiários da gratuidade da justiça a gratuidade dos serviços notariais e registrais, quando emanados de ordem judicial nos próprios autos do processo em que o requerente litiga sob o manto da gratuidade prevista na Lei nº 1.060/50. Não há confundir a justiça gratuita prevista na Lei nº 1.060/50 com a assistência jurídica integral e gratuita, prevista no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal. E, ainda, com a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, como dispõe o inciso LXXVII do artigo 5º. Cognição que envolve ingresso em questões conceituais e exame exegético não só Constitucional como infraconstitucional. O direito constitucional previsto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal – assistência jurídica integral e gratuita – a ser prestada pelo Estado aos necessitados – prestação positiva do Estado – se revela através da Defensoria Pública, tal qual referido no artigo 134, da própria Constituição Federal. O direito constitucional inserto no inciso LXXIV do artigo 5º, muito mais abrangente, diz com a assistência jurídica integral e gratuita que é pré-processual, e não com a justiça gratuita processual, esta prevista na Lei nº 1.060/50. A intenção do Provimento nº 38/2007 é, além de dar efetividade à prestação jurisdicional, tornar efetivo o acesso à justiça, daí compreendidos não apenas os atos processuais, mas também os atos extraprocessuais decorrentes da lide onde a parte goze do benefício da gratuidade da justiça – Lei nº 1.060/50. De nada adiantaria reconhecer que a parte requerente não tem condições de suportar as despesas processuais sem prejudicar o seu sustento e de sua família, mas entender que possa suportar despesas extraprocessuais, mas emanadas daquele processo em que litiga sob o manto da justiça gratuita, ou seja, onde seu estado de miserabilidade fora reconhecido. Vale dizer, o cidadão é reconhecidamente pobre para arcar com despesas existentes dentro do processo – despesas de cunho judicial – mas não o é para arcar com despesas que, embora decorrentes daquela ação, tem natureza extraprocessual, exatamente como os serviços registrais e notariais. A hipossuficiência não se limita tão-só aos atos processuais, indo, certamente além desse para que a efetividade do processo se faça cumprida na forma constitucional. Estar-se-á prestando jurisdição apenas modo formal, e não material, negando ao cidadão o acesso à justiça – artigo 5º, XXXV – modo efetivo e integral, pois terá ele o direito de litigar em juízo – terá acesso ao judiciário –, mas, ao final, não lhe será alcançado o direito de efetivar a jurisdição. O seu direito permanecerá no mundo fático-processual, mas ilusório sobre a ótica jurídica e constitucional para fins de aplicação do direito e realização da justiça. Terá sido alcançado ao cidadão o direito/garantia constitucional do acesso à justiça modo formal, mas não lhe terá sido alcançada a justiça modo substancial. Serviços cartorários – registral e notarial – que são de natureza pública, não obstante hibridismo privatista por delegação do Poder Público – artigo 236, da Constituição Federal."

rídicas que se encontram em situações diferentes promovida pelo Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula n. 481.

Várias são as distinções existentes entre as pessoas jurídicas “com” e as “sem” fins lucrativos. Talvez a principal e mais escancarada delas seja o destino do lucro obtido a partir do desenvolvimento das suas atividades. As pessoas jurídicas que possuem finalidade lucrativa dividem as sobras entre os seus próprios sócios²¹, conselheiros ou acionistas, dependendo da sua forma de organização e da forma jurídica escolhida para regulamentar sua atuação²². Muito diferente e longe dessa realidade estão as entidades sem fins lucrativos, constituídas sob a regência do artigo 53 e seguintes do Código Civil, que são proibidas de dividir o superávit eventualmente decorrente de suas atividades com quem quer que seja, devendo ele ser aplicado no desenvolvimento delas próprias e das suas finalidades estatutárias, diante da função social que as norteia desde o início da sua constituição, inclusive por ocasião da sua eventual extinção.²³

Prevê o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), com redação dada pela Lei Complementar n. 104/01):

Art. 9º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - cobrar imposto sobre:

[...]

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo;

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

21 Código Civil (CC), Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

22 Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) (CC, art. 980-A), Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada (CC, art. 1.052), Sociedade Empresária (CC, arts. 982 e 983), Sociedade Simples (CC, art. 997), Sociedade Anônima (CC, art. 1.088), Sociedade em Conta de Participação (CC, art. 981), Sociedade em Nome Coletivo (CC, art. 1.039), Cooperativa (CC, art. 1.093) etc.

23 Código Civil (CC), Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; [...]

A Constituição Federal de 1988, mas também as anteriores, ratificou a vedação de instituição de imposto às entidades sem fins lucrativos pelos entes políticos, em dispositivo assim redigido:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

[...]

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

As pessoas jurídicas com fins lucrativos não contam com dispositivos legais ou constitucionais que proibam, limitem ou disciplinem a destinação dos seus excedentes, na origem, como as regras legais e constitucionais que se aplicam às entidades sem fins lucrativos. Ora, então, como é que pessoas jurídicas tão antagônicas na sua essência, na sua constituição e na sua natureza jurídica podem ser igualadas, como fez o Superior Tribunal de Justiça?

Esta própria Corte, por décadas, tratou as entidades sem fins lucrativos de forma **diferente**²⁴ das que objetivam o lucro. Eis alguns exemplos claríssimos desta postura do STJ, agora modificada:

PROCESSUAL CIVIL – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – SINDICATO – PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS – POSSIBILIDADE.

24 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 603.137. Quinta Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. P. 11.06.2007. Ementa: “1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mesmo em favor das pessoas jurídicas é possível a concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos da Lei 1.060/50. Tratando-se de pessoa jurídica **sem** fins lucrativos, o benefício será concedido **independentemente de prova**. Se, de outro lado, tratar-se de pessoa jurídica **com** fins lucrativos, a gratuidade estará condicionada à comprovação da existência de dificuldade financeira. [...]” (gr)

1. Esta Corte tem entendido ser possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita a pessoa jurídica, desde que comprovado que não tenha ela condições de suportar os encargos do processo.
2. Revisão do entendimento da relatora a partir do julgamento do EREsp 653.287/RS.
3. Pessoas jurídicas com fins lucrativos fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita desde que comprovem a dificuldade financeira porque a presunção é de que essas empresas podem arcar com as custas e honorários do processo.
4. Pessoas jurídicas **sem** fins lucrativos como entidades filantrópicas, sindicatos e associações fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita porque a **presunção** é a de que não podem arcar com as custas e honorários do processo. **Desnecessária a prova da dificuldade financeira para obter o benefício.**²⁵ (gr)

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES.

1. O entendimento firmado nesta Corte que é no sentido de ser possível conceder às pessoas jurídicas o benefício da assistência Judiciária gratuita, conforme os ditames da Lei n.º 1.060/50.
2. Tratando-se de pessoas jurídicas **sem** fins lucrativos – tais como entidades filantrópicas, sindicatos e associações – a concessão poderá se dar em havendo **requerimento e independentemente de prova.**²⁶ (gr)

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. COMPROVAÇÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS PARA ARCAR COM DESPESAS PROCESSUAIS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

Consoante entendimento firmado pela eg. Corte Especial, para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas **sem** fins lucrativos, **basta o requerimento** formulado junto à petição inicial, ficando a

25 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 642.288. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. J. 15.09.2005. P. 03.10.2005. Esta decisão remete às seguintes, todas do STJ: Recurso Especial n. 445.601; Recurso Especial n. 414.049; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 529.026; Agravo Regimental no Agravo n. 502.409; Embargos de Declaração no Agravo n. 656.126; Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 653.287.

26 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 916.638. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. 03.04.2008. P. 28.04.2008.

cargo da parte contrária a prova da inexistência do estado de miserabilidade jurídica.²⁷ (gr)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Esta Corte possui entendimento uníssono no sentido de que é possível conceder às pessoas jurídicas o benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei n.º 1.060/50.

2. Em se tratando de pessoas jurídicas **sem** fins lucrativos – tais como entidades filantrópicas, sindicatos e associações – é **prescindível a comprovação da miserabilidade jurídica**, para fins de concessão o benefício da assistência judiciária gratuita. [...] ²⁸ (gr)

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Esta Corte possui entendimento uníssono no sentido de que é possível conceder às pessoas jurídicas o benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei n.º 1.060/50.

2. Em se tratando de pessoas jurídicas sem fins lucrativos – tais como entidades filantrópicas, sindicatos e associações – é **prescindível a comprovação da miserabilidade**, para fins de concessão do benefício previsto na Lei n. 1.060/50. [...] ²⁹ (gr)

Ainda nesta mesma linha de proceder, muito recentemente, em 2011 e 2010, o Superior Tribunal de Justiça havia definido a regra para identificar qual pessoa jurídica deveria comprovar impossibilidade financeira para suportar os ônus processuais: as com fins lucrativos, pois, para as de fins não econômicos, bastava o mero requerimento neste sentido. Eis a ementa do julgado:

27 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 799.103. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. J. 14.03.2006. P. 02.05.2006.

28 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.058.554. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. J. 16.10.2008. P. 09.12.2008.

29 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.107.763. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. J. 21.05.2009. P. 29.06.2009.

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI.

1. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo imprescindível, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo *ex adverso*; (ii) já no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o *onus probandi* da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo.

2. A parte recorrente enquadra-se na hipótese (i), sendo, pois, bastante o simples requerimento. [...] ³⁰

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE “MISERABILIDADE JURÍDICA”.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo *ex adverso*; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o *onus probandi* da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (EREsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01.08.2003, DJ 22.09.2003). [...] ³¹

E estas decisões vêm na mesma esteira de procedimento que o Superior Tribunal de Justiça adotava há anos, como, por exemplo, no julgamento ocorrido em 2003, pela Corte Especial, em processo assim ementado:

30 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.152.669. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. J. 12.04.2001. P. 27.04.2001.

31 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.183.557. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. J. 13.04.2010. P. 30.04.2010. No mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.292.537, do mesmo relator. J. 05.08.2010. P. 18.08.2010; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.305.859. Relator Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/PA). J. 10.08.2010. P. 24.11.2010.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI*.

I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, **basta o requerimento** formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em “estado de perplexidade”; b) já a pessoa jurídica, requer uma **bipartição**, ou seja, **se a mesma não objetivar o lucro** (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), **o procedimento se equipara ao da pessoa física**, conforme anteriormente salientado.

II- Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o onus probandi é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade.

III- A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela Assembleia, ou subscritos pelos Diretores, etc.

IV- No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais.

V- Embargos de divergência rejeitados.³² (gr)

O pensamento contido no julgamento que gerou a ementa imediatamente acima transcrita, ocorrido em 2003, foi seguido pelo Su-

32 Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 388.045. Relator Ministro Gilson Dipp. J. 01.08.2003. P. 22.09.2003

perior Tribunal de Justiça em mais de cinquenta julgados posteriores, como facilmente pode ser comprovar por breve pesquisa no sítio do próprio STJ.

Nesta linha de entendimento, veja-se decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da **desnecessidade de prova** para concessão dos benefícios da justiça gratuita a entidades **sem** fins lucrativos, pois, para elas, até então, **presumia-se** a hipossuficiência financeira:

PROCESSUAL CIVIL. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI 1.060/50.

1. As pessoas jurídicas sem fins lucrativos fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita independentemente de prova, porque a **presunção** é a de que não podem arcar com as custas e honorários do processo. Cabe à parte contrária provar a inexistência da miserabilidade jurídica, até porque a concessão do benefício não é definitiva, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 1.060/50.
2. Já as pessoas jurídicas com fins lucrativos somente fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita se comprovarem a dificuldade financeira, porque a presunção, nesse caso, é a de que podem arcar com as custas e honorários do processo.
3. Precedentes da Turma e da Corte Especial.
4. Na hipótese, a Corte de origem firmou a premissa de que o recorrido é entidade sem fins lucrativos em virtude das "Certidões de Utilidade Pública Federal, Estadual e Municipal" que fez acostar aos autos.
5. Recurso especial improvido.³³

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEPENDENTEMENTE DE PROVA DE MISERABILIDADE. CABIMENTO.

1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita independentemente de prova, eis que em seu favor opera **presunção** de que não podem arcar com as custas e honorários do processo. Precedentes. [...] ³⁴

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. COMPROVAÇÃO

33 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 867.644. Segunda Turma. Relator Ministro Castro Meira. J. 07.11.2006. P. 17.11.2006.

34 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 994.397. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. J. 04.12.2007. P. 17.12.2007.

DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp 388.045/RS, consolidou entendimento no sentido de que as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias da assistência judiciária gratuita de que trata a Lei 1.060/50. Em se tratando de **entidade filantrópica**, de assistência social ou similares, **basta o requerimento** e a declaração do estado de pobreza, a qual goza de **presunção** juris tantum, incumbindo, portanto, à parte ex adversa a prova em contrário. De outro turno, tratando-se de pessoas jurídicas com fins lucrativos, cabe ao requerente comprovar a impossibilidade de pagamento dos encargos do processo, sem comprometer a sua existência.
2. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem entendeu que essa comprovação foi devidamente realizada pela empresa, na medida em que restou demonstrada a dificuldade de ela pagar as despesas processuais sem comprometer a sua própria subsistência.
3. Para se entender de modo diverso das conclusões constantes do acórdão recorrido, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, no entanto, é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
4. Recurso especial desprovido.³⁵ (gr)

E a presunção de hipossuficiência econômica das pessoas jurídicas sem fins lucrativos era tratada de forma clara pelo Superior Tribunal de Justiça, que considerava que as entidades que possuíam natureza filantrópica já evidencia o prejuízo que adviria para a manutenção da atividade assistencial prestada à significativa parcela da sociedade, caso tivesse que suportar os ônus decorrentes do processo. E, mais especificamente no caso do julgado cuja ementa é abaixo transcrita, afirmou o Ministro Relator que “[...] *sendo sua atividade [da entidade sem fins lucrativos] de natureza médico-hospitalar, o simples fato de destinar parte de seus recursos para custear uma ação judicial importa em redução em sua capacidade de atendimento, quer qualitativa quer quantitativamente, dos pacientes que necessitam de seus serviços.*” Eis a ementa do julgado:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. CONCESSÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ENTIDADE FILANTRÓPICA. REQUISITOS PRESENTES. PEDIDO DEFERIDO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

35 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 656.274. Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda. J. 17.05.2007. P. 11.06.2007.

[...]

III - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, é "possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção".

IV - No caso, a própria natureza filantrópica da recorrente já evidencia o prejuízo que, certamente, advirá para a manutenção da atividade assistencial prestada à significativa parcela da sociedade, caso tenha que arcar com os ônus decorrentes do processo.³⁶

No passado, o Superior Tribunal de Justiça entendia, com todas as letras, que a pessoa jurídica com fins lucrativos não fazia jus à justiça gratuita, diferentemente da pessoa jurídica sem fins lucrativos, esta sim, recepcionada como destinatária de tal benefício. Eis um exemplo:

CIVIL E PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - LOCAÇÃO - DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA - JUSTIÇA GRATUITA - LEI Nº 1.060/50 - PESSOA JURÍDICA - EMPRESA COMERCIAL LIMITADA - REEXAME DE PROVA - SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO PRETORIANO PREJUDICADO.

1 - A gratuidade da Justiça, sendo um direito subjetivo público, outorgado pela Lei nº 1.060/50 e pela Constituição Federal, deve ser amplo, abrangendo todos aqueles que comprovarem sua insuficiência de recursos, não importando ser pessoa física ou jurídica.

2 - Os arts. 2º, 4º e 6º da Lei nº 1.060/50, não se coadunam com as pessoas jurídicas voltadas para atividades lucrativas, pois não se incluem estas no rol dos necessitados. O auferimento de lucro, prima facie, afigura-se incompatível com a situação de miserabilidade descrita na norma legal.

A extensão do benefício deve ocorrer somente às pessoas jurídicas pias, filantrópicas, consideradas por lei socialmente relevantes, ou ainda, **sem** fins lucrativos.

3 - Para conhecimento deste recurso, necessário seria o reexame de prova, porquanto a declaração de pobreza juntada aos autos, meio hábil para o deferimento da gratuidade da justiça, não faz prova inequívoca do alegado, diante dos fatos narrados na mesma e no v.

acórdão atacado. Referida declaração apenas esclarece que a pessoa jurídica deixou de auferir valores suficientes para arcar com o ônus processual e de honorários advocatícios, deixando claro que, apesar da proclamada recessão econômica, obtém lucros. Aplicação da Súmula 07/STJ.

36 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 205.835. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 06.05.2003. P. 23.06.2003.

4 - Eventual dissídio pretoriano prejudicado, posto ser necessário a análise da prova documental para, confirmado o estado alegado, confrontar os julgados divergentes.

5 - Recurso não conhecido.³⁷ (gr)

A decisão constante do Recurso Especial n. 642.288, julgado em 2005, cuja parte da ementa foi acima transcrita, é uma evolução da posição até então defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não distinção das pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos. Eis a ementa do julgado, da Corte Especial do STJ:

PROCESSO CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. Se provar que não tem condições de arcar com as despesas do processo, a pessoa jurídica, independentemente de seu objeto social, pode obter o benefício da justiça gratuita. [...] ³⁸

A edição da Súmula n. 481 indica que os ministros do STJ resolveram resgatar o pensamento dominante no passado, o que nos parece não encontrar respaldo jurídico para sua manutenção, com todas as vênias protocolares.

6. A OBRIGATORIEDADE DE AS PESSOAS JURÍDICAS COM FINS LUCRATIVOS DEMONSTRAREM SUA INCAPACIDADE FINANCEIRA

Valemo-nos do resumo feito pelo ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, que afirmou que o benefício da assistência judiciária foi instituído, originariamente, para assegurar às pessoas naturais o efetivo cumprimento do desiderato constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário, já cogente ao tempo de sua edição (CF de 1946, artigo 141, parágrafo 4º), bastando, à sua concessão a simples afirmação de se tratar de pessoa necessitada, porque presumida, *juris tantum*, a condição de pobreza (artigo 4º da Lei n. 1.060/50). Mais tarde, doutrina e jurisprudência ampliaram significativamente tal benefício no

37 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 223.129. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Scartezini. J. 05.10.1999. P. 07.02.2000.

38 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 653.287. Relator Ministro Ari Pargendler. J. 17.08.2005. P. 19.09.2005.

sentido de alcançar não somente as pessoas naturais, mas também, com base na mesma norma, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos e beneficentes, mantendo a presunção *juris tantum* sobre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua manutenção. Por fim, restou assegurada a concessão da assistência judiciária às pessoas jurídicas em geral, incluindo aquelas com fins lucrativos, cabendo-lhes, contudo, a comprovação da condição de miserabilidade, porque não há falar, aí, em presunção de pobreza, nos termos jurídicos. Concluiu o ministro que as entidades sem fins lucrativos e beneficentes fazem jus à concessão do benefício da justiça gratuita, sendo despicienda prévia comprovação da necessidade, porque gozam de presunção *juris tantum* de tal condição. Ele citou precedente da Corte Especial (EREsp nº 388.045/RS) já mencionado neste trabalho.³⁹

A pesquisa atenta às dezenas de julgados do Superior Tribunal de Justiça indicará a claríssima posição desta Corte no sentido de as pessoas jurídicas com fins lucrativos necessitarem provar a sua condição de impossibilidade econômica. Eis alguns exemplos, de vários outros que também aqui poderiam ser citados:

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Justiça gratuita. Pessoa jurídica com fins lucrativos. Necessidade de prova do estado de pobreza. Precedentes da Corte.

1. Tratando-se de pessoa jurídica com fins lucrativos, hipótese destes autos, a concessão do benefício de gratuidade de justiça depende da prova da necessidade, ou seja, do estado de pobreza.
2. Agravo regimental desprovido.⁴⁰

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. CONSTRUTORA. FINALIDADE LUCRATIVA. NÃO CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. O benefício de assistência judiciária gratuita, tal como disciplinado na Lei 1.060/50, destina-se essencialmente a pessoas físicas.
2. A ampliação do benefício às pessoas jurídicas deve limitar-se àquelas que não perseguem fins lucrativos e se dedicam a atividades beneficentes, filantrópicas, pias, ou morais, bem como às microempresas nitida-

39 Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.055.037. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. J. 15.04.2009. P. 14.09.2009.

40 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 567.823. Terceira Turma. J. 28.06.2004. P. 11.10.2004.

mente familiares ou artesanais. Em todos as hipóteses é indispensável a comprovação da situação de necessidade.

3. Recurso especial a que se nega provimento.⁴¹

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO DE POBREZA. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. O benefício da assistência judiciária não se limita às pessoas físicas, podendo estender-se às pessoas jurídicas, desde que comprovem não possuir condições de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado. Hipótese em que não basta a simples afirmação do requerente, pois somente em condições excepcionais podem ser tidas por necessitadas para os fins da Lei 1.060/50. Embargos declaratórios recebidos como regimental. Improvido.⁴²

PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA COM FIM LUCRATIVO - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS PARA ARCAR COM DESPESAS PROCESSUAIS - PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL.

Consoante entendimento firmado pela eg. Corte Especial, a assistência judiciária gratuita pode ser concedida à pessoa jurídica com fins lucrativos que comprove a escassez de recursos para arcar com as despesas processuais. Recurso especial conhecido, mas improvido.⁴³

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. SIMPLES REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE "MISERABILIDADE JURÍDICA".

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex adverso; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o onus probandi da impossibilidade de arcar com os encar-

41 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 557.181. Primeira Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. J. 21.09.2004. P. 11.10.2004.

42 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 549.815. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. J. 20.09.2005. P. 07.11.2005.

43 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 596.912. Segunda Turma. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. J. 15.12.2005. P. 06.03.2006.

gos financeiros do processo (REsp 388.045/RS, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.09.2003).

2. In casu, o acórdão recorrido encontra-se em perfeita consonância com o entendimento sufragado por esta Corte Superior, ao assentar que: “a concessão da Assistência Judiciária Gratuita às pessoas jurídicas é medida excepcional que exige comprovação cabal, por parte de quem o postula, da insuficiência de recursos para bancar as custas do processo, o que, no caso, não restou demonstrado, porquanto a simples declaração de inatividade da empresa sem mais esclarecimentos, pelo menos, com relação à existência ou não de bens e ativos financeiros, não é suficiente para tanto” (fl. 163). Precedentes: REsp 1.055.037/MG (DJe de 14.09.2009), AgRg no REsp 963.553/SC (DJe de 07.03.2008), REsp 833.353/MG (DJ de 21.06.2007), REsp 656.274/SP (DJ de 11.06.2007) e REsp 867.644/PR (DJ de 17.11.2006).

3. Agravo regimental desprovido⁴⁴

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544, CPC. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NO RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO DE PESSOA JURÍDICA NÃO FORMULADO EM PETIÇÃO AVULSA. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. RECURSO DESERTO.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex-adverso; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o ‘ônus probandi’ da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (REsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01.08.2003, DJ 22.09.2003).

2. In casu, trata-se de pessoas jurídicas com fins lucrativos que não se desincumbiu do ônus de demonstrar a necessidade dos benefícios da Justiça gratuita.

3. Ademais, embora o pedido de assistência judiciária gratuita possa ser postulado a qualquer tempo, quando a ação está em curso, este deverá ser veiculado em petição avulsa, a qual será processada em apenso aos autos principais, consoante o disposto no art. 6º da Lei nº 1.060/50, constituindo-se erro grosseiro caso não atendida tal formalidade.

44 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.043.524. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. J. 22.06.2010. P. 03.08.2010.

4. No caso dos autos, os benefícios da justiça gratuita foram requeridos em preliminar de recurso especial.
5. Recurso especial deserto por ausência de preparo.
6. Agravo regimental desprovido.⁴⁵

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. LEI Nº 1.060/1950. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.
2. A concessão do benefício da justiça gratuita, instituída pela Lei nº 1.060/1950, não é possível às pessoas jurídicas, exceto quando as mesmas exercerem atividades de fins tipicamente filantrópicos ou de caráter beneficente, desde que comprovada, nos termos da lei, a sua impossibilidade financeira para arcar com as custas do processo.
3. Precedentes das 1ª, 2ª e 5ª Turmas desta Corte Superior.
4. Agravo regimental não provido.⁴⁶

RECURSO ESPECIAL - PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS – JUSTIÇA GRATUITA - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS SEM COMPROMETER A EXISTÊNCIA DA PRÓPRIA SOCIEDADE - COMPROVAÇÃO RECONHECIDA PELA CORTE A QUO - ENTENDER DE MANEIRA DIVERSA IMPLICA REEXAME DE PROVA - MATÉRIA PACIFICADA - SÚMULA 83 DESTA CORTE.

1 - Para a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas com fins lucrativos é imprescindível a comprovação minuciosa e exaustiva da impossibilidade de arcar com os encargos processuais, sem comprometer a existência da própria sociedade. Estando o v. acórdão recorrido no mesmo sentido de entendimento pacificado nesta Corte, aplica-se a Súmula 83 deste Tribunal Superior.

2 - Precedentes (REsp nº 431.239/MG, EDcl no REsp nº 205.835/SP, EREsp nºs 321.997/MG e 388.045/RS).

3 - Se o Colegiado a quo, analisando as provas contidas nos autos, concede aludido benefício, não há como entender de maneira diversa, sob pena do reexame do material fático-probatório apresentado, o que encontra óbice na Súmula 07 desta Corte.

4 - Precedente (REsp nº 556.081/SP).

45 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.306.182. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. J. 05.08.2010. P. 18.08.2010.

46 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 594.316. Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado. J. 16.03.2004. P. 10.05.2004.

5 - Recurso não conhecido.⁴⁷

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES.

1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o benefício da justiça gratuita somente é concedido a empresas com fins lucrativos em circunstâncias especialíssimas e quando devidamente demonstrada a situação de miserabilidade jurídica. Precedentes.
2. Reconhecer a alegada incompatibilidade financeira do Recorrente com as despesas processuais, in casu, implicaria, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório constante dos autos, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do verbete sumular n.º 07 desta Corte.
3. Recurso especial não conhecido.⁴⁸

PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - INDEFERIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PRESSUPOSTO DA AÇÃO CAUTELAR NÃO ATENDIDO - DESPROVIMENTO.

- 1 - O voto condutor do v. acórdão impugnado decidiu em conformidade com o entendimento adotado por esta Corte, ao dispor que, em se tratando de pessoa jurídica com fins lucrativos, para a concessão da benesse era imprescindível a apresentação de prova robusta da sua necessidade. Destarte, ausente um dos pressupostos processuais de validade da Ação Cautelar, qual seja, o fumus boni iuris do provimento judicial, não há como prosperar o presente pedido.
- 2 - Agravo regimental desprovido.⁴⁹

PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA COM FIM LUCRATIVO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS PARA ARCAR COM DESPESAS PROCESSUAIS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ - PRECEDENTES.

- Consoante recente entendimento esposado pela eg. Corte Especial, a assistência judiciária gratuita pode ser concedida a pessoa jurídica com fins lucrativos que comprove a escassez de recursos para arcar com as despesas processuais.

47 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 715.048. Quarta Turma. Relator Ministro Jorge Scartezzini. J. 26.04.2005. P. 16.05.2005.

48 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 445.665. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. 23.08.2005. P. 26.09.2005.

49 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 9.972. Quarta Turma. Relator Ministro Jorge Scartezzini. J. 11.10.2005. P. 21.11.2005.

- Verificar se os documentos colacionados pela recorrente comprovam a sua hipossuficiência financeira, importaria no reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 07/STJ). Recurso especial não conhecido.⁵⁰

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE "MISERABILIDADE JURÍDICA". [...]

2. In casu, o acórdão recorrido assentou que a incapacidade financeira da ora agravada é demonstrada na prova dos autos, motivo pelo qual é o caso de que se conceda o benefício de assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica com fins lucrativos, o que está consoante com entendimento sufragado pela Corte (AgRg no REsp 963.553/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19.02.2008, DJe 07.03.2008; REsp 656.274/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 11.06.2007; REsp 833.353/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 21.06.2007; e REsp 867.644/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07.11.2006, DJ 17.11.2006).

3. Agravo regimental desprovido.⁵¹

A mesma pesquisa aos julgados do Superior Tribunal de Justiça indicará a também clara posição desta Corte, de forma contrária ao acima indicado, quanto à **desnecessidade** de as entidades sem fins lucrativos provarem a sua condição de impossibilidade econômica, conforme exaustivamente foi exemplificado acima, por meio da transcrição de algumas ementas.

Mesmo assim, diante deste contexto tumultuado e antagônico, surgiu no mundo jurídico a Súmula n. 481, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, que utilizou um precedente que se vale de decisão do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o

50 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 395.609. Segunda Turma. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. J. 03.06.2004. P. 27.09.2004.

51 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.183.557. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. J. 13.04.2010. P. 30.04.2010.

fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.⁵²

7. OS PRECEDENTES DA SÚMULA N. 481, STJ.

Referida Súmula foi editada baseada em apenas oito precedentes, sendo dois deles julgados em 2012, três em 2011 e um em 2010, 2006 e 2002.

As partes envolvidas nos julgados utilizados como precedentes para a edição da Súmula são as seguintes: Fundação Ulbra-Fulbra⁵³; Sindicato dos técnicos em tributação, fiscalização e arrecadação do Estado de Minas Gerais – SINFFAZ⁵⁴; Sindicato dos trabalhadores federais da saúde, trabalho e previdência no Estado do Rio Grande do Sul – SIN-DISPREV/RS⁵⁵; Sindicato dos servidores federais do Rio Grande do

52 Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação n. 1.905. Relator (e Presidente) Ministro Marco Aurélio. J. 15.02.2002.

53 Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 126.381. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. J. 24.04.2012. Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS/ENTIDADE FILANTRÓPICA. 1.- A egr. Corte Especial, na sessão de 02.08.2010, passou a adotar a tese já consagrada STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente. Precedente: EREsp nº 603.137/MG, Corte Especial, de minha relatoria, DJe 23.08.10." (AgRg nos EREsp 1.103.391/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, da Corte Especial, julgado em 28/10/2010, DJe 23/11/2010) 2. Agravo Regimental improvido."

54 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 130.622. Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão. J. 17.04.2012. Ementa: "SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE PROVA DA MISERABILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE POBREZA. I - As pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza. Precedentes: EREsp nº 1.185.828/RS, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, DJe de 01/07/2011 e AgRg no AgRg no REsp nº 1.153.751/RS, Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 07/04/2011. II - Agravo regimental improvido."

55 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Agravo n. 1.245.766. Corte Especial. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 16.11.2011. Ementa: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. SÚMULA 316/STJ. SINDICATO. JUSTIÇA GRATUITA. ESTADO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA, REFORMANDO O ACÓRDÃO RECORRIDO, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. "Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial" (Súmula 316/STJ). 2. "Na linha da jurisprudência da Corte Especial, as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza" (EREsp

Sul – SINDSERF/RS⁵⁶; Fundação Felice Rosso⁵⁷ ⁵⁸; Sociedade Caritativa e Literária São Francisco de Assis Zona Central⁵⁹ e Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET/MG⁶⁰.

1.185.828/RS, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Corte Especial, Dje 1º/7/11). 3. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, negar provimento ao agravo de instrumento do SINDISPREV/RS.”

56 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.185.828. Corte Especial. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. J. 09.06.2011. Ementa: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE PROVA DA MISERABILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE POBREZA. Na linha da jurisprudência da Corte Especial, as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza. Embargos de divergência providos.”

57 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Agravo n. 833.722. Corte Especial. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. 12.05.2011. “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE CUNHO FILANTRÓPICO E ASSISTENCIAL. JUSTIÇA GRATUITA NÃO CONCEDIDA. MISERABILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA. QUESTÃO RECENTEMENTE APRECIADA PELA CORTE ESPECIAL. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM O ACÓRDÃO EMBARGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 168 DO STJ. EMBARGOS AOS QUAIS SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. [...] 2. “A egr. Corte Especial, na sessão de 02.08.2010, passou a adotar a tese já consagrada STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente. Precedente: EREsp nº 603.137/MG, Corte Especial, de minha relatoria, DJe 23.08.10.” (AgRg nos EREsp 1103391/RS, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe de 23/11/2010). [...]”

58 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 431.239. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. J. 03.10.2002. Ementa: “ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. FUNDAÇÃO MANTENEDORA DE HOSPITAL. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. É possível conceder-se às pessoas jurídicas o benefício da assistência judiciária, desde que, porém, demonstrem a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo da própria manutenção. Precedente do STJ. Recurso especial não conhecido.”

59 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 690.482. Corte Especial. Relator Ministro Gilson Dipp. J. 15.02.2006. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL - GRATUIDADE DE JUSTIÇA - LEI Nº 1.060/50 - CONCESSÃO ÀS PESSOAS JURÍDICAS SEM FINS LUCRATIVOS - COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM AS CUSTAS DO PROCESSO - NECESSIDADE - ÔNUS DA PESSOA JURÍDICA QUE ALEGA - MISERABILIDADE NÃO DEMONSTRADA - EMBARGOS REJEITADOS. I - No acórdão ora embargado restou decidido que o deferimento da gratuidade de justiça, mesmo que para pessoa jurídica que se dedica a atividades beneficentes, filantrópicas, pias ou morais, fica condicionado à comprovação da necessidade. II - No aresto divergente, o EREsp nº 388.045/RS, desta Corte Especial e da minha relatoria, foi desenvolvida a tese de que se faz necessária uma bipartição entre as espécies de pessoa jurídica, sendo que para aquelas que não objetivam o lucro o procedimento se equipara ao da pessoa física, ou seja, basta o requerimento formulado na inicial, cabendo à parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade. III - O benefício da justiça gratuita pode ser concedido à pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, cabendo à mesma a comprovação da ausência de condições de arcar com as custas do processo, não bastando a mera alegação. IV - No caso dos autos, consoante consignado no acórdão embargado, não houve comprovação, por parte da ora embargada, da sua miserabilidade jurídica. V - Embargos rejeitados.”

60 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 603.137. Corte Especial. Relator Ministro Castro Meira. J. 02.08.2010.

No julgamento do processo n. 603.137, o ministro Carlos Meira, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que “*Não se justifica realizar a distinção entre pessoas jurídicas com ou sem finalidade lucrativa, pois, quanto ao aspecto econômico-financeiro, a diferença primordial entre essas entidades não reside na suficiência ou não de recursos para o custeio das despesas processuais, mas na possibilidade de haver distribuição de lucros aos respectivos sócios ou associados*” e que, “*Outrossim, muitas entidades sem fins lucrativos exploram atividade econômica em regime de concorrência com as sociedades empresárias, não havendo parâmetro razoável para se conferir tratamento desigual entre essas pessoas jurídicas.*” Afirmou o ministro, ainda, que “*a matéria em apreço já foi objeto de debate na Corte Especial e, após sucessivas mudanças de entendimento, deve prevalecer a tese adotada pelo STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, sendo irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente.*”

Com a vênua de praxe, apenas os precedentes invocados para a edição da Súmula não seriam suficientes para nortear o proceder da Superior Tribunal de Justiça, pois esta mesma Corte decidiu de forma diferente em dezenas de outros julgados, em épocas distintas, como se vê das várias (de muitas outras) ementas transcritas neste artigo.

O próprio ministro Sidnei Beneti afirmou recentemente, em abril de 2012, que o STJ possui *decisões conflitantes a respeito da questão*.⁶¹ Apesar deste cenário de incerteza, ele se fiou a decisão de 2006, do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS. Inexistência, no caso, de demonstração inequívoca do estado de incapacidade econômica. Consequente inviabilidade de acolhimento desse pleito. Recurso Improvido.

O benefício da gratuidade – que se qualifica como prerrogativa destinada a viabilizar, dentre outras finalidades, o acesso à tutela jurisdicional do Estado – constituiu direito público subjetivo reconhecido tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica de direito privado, independentemente de esta possuir, ou não, fins lucrativos. Precedentes.

61 Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 126.381. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. J. 24.04.2012.

Tratando-se de entidade de direito privado – com ou sem fins lucrativos –, impõe-se-lhe, para efeito de acesso ao benefício da gratuidade, o ônus de comprovar a sua alegada incapacidade financeira (RT 787/359, RT 806/129, RT 833/264, RF 343/364), não sendo suficiente, portanto, ao contrário do que sucede com a pessoa física ou natural (RTJ 158/963-964, RT 828/388, RT 834/296), a mera afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios. Precedentes.⁶²

Três dos precedentes da Súmula do STJ tratam de *sindicatos*, que são pessoas jurídicas sem fins lucrativos que se constituem em apenas uma espécie das várias pessoas jurídicas sem fins lucrativos que compõem o chamado Terceiro Setor, não se podendo tratar todas de forma idêntica sem se fazer a necessária separação delas e a análise do público-alvo a que se destinam as suas ações. Para se ter ideia de quão os sindicatos não possuem expressividade no universo das pessoas jurídicas sem fins lucrativos, a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou a existência de 18.814 sindicatos, federações e confederações, de um total de 556.846 entidades de fins não econômicos. Ou seja, eles representam pouco mais de 3% (três por cento) do total delas. As pessoas jurídicas sem fins lucrativos constituídas sob a forma de associação civil ou fundação totalizam 290.692⁶³, deste mesmo universo. Não nos parece adequado e muito menos aceitável utilizar três decisões, do total de oito, envolvendo *sindicatos* para se decidir a sorte de milhares de *associações e fundações* sem fins lucrativos, como fez a Súmula em estudo, haja vista o distanciamento de suas realidades, finalidade de atuação e até mesmo de existência.

Também por conta disso a Súmula n. 481, do STJ, nos parece contaminada pela falta de aprofundamento e perfeição técnico-jurídica.

62 Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 192.715-1. Segunda Turma. Relator (e Presidente) Ministro Celso de Mello. J. 21.11.2006.

63 Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Fundacoes_Privadas_e_Associacoes/2010/fasfil.pdf - Acesso em 09 jul 2013, 18h25.

8. CONCLUSÃO

Por conta da mixórdia que gravita em torno da adequada identificação dos destinatários dos benefícios da justiça gratuita e da indevida equiparação das pessoas jurídicas com fins lucrativos às entidades de fins não econômicos, a edição da Súmula n. 481, pelo Superior Tribunal de Justiça, é precipitada e temerosa, em razão das injustiças que certamente serão cometidas a partir da sua utilização pelas decisões judiciais como fundamento e norte a ser trilhado.

Os parcos julgados utilizados pela Corte Superior como precedentes para embasar referida Súmula são ínfimos, tímidos e inapropriados, se comparados ao grande número de decisões provenientes dela mesma, que poderiam ter sido trazidos à baila para sustentar a edição da norma orientadora. Tivesse assim agido o STJ, poder-se-ia, inclusive, ter havido decisão noutro sentido, dada à postura exteriorizada de forma tão clara em centenas de julgados, alguns deles aqui mencionados.

Equiparar pessoas jurídicas com e sem finalidade lucrativa é tecnicamente inapropriado do ponto de vista jurídico, sob diversos aspectos.

Mesmo se levado em consideração apenas o universo das pessoas jurídicas sem fins lucrativos, a Súmula peca pela falta do imprescindível joiamento das entidades, a partir da sua natureza jurídica, constituição e finalidade estatutária. Apesar de não ser o ideal, mas para constar e justificar a desordenação jurídica, a Corte Superior poderia ter sido pontual e específica se decidisse que as *associações e fundações* sem fins lucrativos receberiam as benesses da justiça gratuita se comprovassem possuir, por exemplo, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS)⁶⁴, regido pela Lei n. 12.101/09, que serviria como prova para demonstrar a impossibilidade de arcar com os encargos sociais, fato que, por si só, eliminaria os *sindicatos* e as outras pessoas jurídicas sem fins lucrativos arroladas indevidamente como receptoras dos benefícios oriundos de tal instituto jurídico. Mas essa sugestão também

64 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70.025.870.445. Relatora Desembargadora Liége Puricelli Pires. P. 11.03.2009. Ementa: "JUSTIÇA GRATUITA - ENTIDADE DE CARÁTER FILANTRÓPICO - COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. É possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas, desde que comprovem a necessidade, colacionando aos autos o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social. Em se tratando de entidade filantrópica, é presumida a impossibilidade de suportar as despesas do processo.

pode não ser a mais indicada, haja vista que menos de 7.000 entidades brasileiras são portadoras do CEBAS, de um total de 290.692 existentes, conforme pesquisa do IBGE indicada.

Essa situação contemporânea de indefinição, no mínimo, indica que o assunto mereceria ser destrinchado para não se praticar injustiça contra associações e fundações que necessitam gozar do benefício da justiça gratuita e que de maneira nenhuma, e muito menos, podem ser equiparadas às empresas lucrativas, que não agem procurando o bem comum da população, situação inata às instituições sem fins lucrativos. De nada adianta tentar colocar pá de cal de forma abrupta em assunto que ferve, sob pena de impossibilidade de reparação de situações desconformes com a justiça e que desafiam o bom senso.

É necessário que o Poder Legislativo atue imediatamente e promova a revisão da Lei n. 1.060/50, de forma a alterar as suas previsões e resgatar, mesmo que no seu limitado âmbito de atuação, a indiscutível diferenciação jurídica existente entre as empresas lucrativas e as entidades sem fins econômicos, pois, uma vez editada, a alteração da norma legal provocará, necessária e obrigatoriamente, a revisão da Súmula n. 481, trazida ao mundo pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esta é a esperança para se minimizar ou mesmo impedir que as entidades sem fins lucrativos tenham o seu amplo acesso à justiça obstaculizado.







A GESTÃO JURÍDICA DE RISCO MÉDICO-HOSPITALAR



Silvio Felipe Guidi

Advogado, especialista em direito administrativo pela Sociedade Brasileira de Direito Público, Professor da Escola Superior da Advocacia nos Cursos de Direito Médico, Consultor do Instituto de Planejamento e Pesquisa para Acreditação em Serviços de Saúde – IPASS, Presidente da Comissão de Direito à Saúde da OAB/PR (2010/2012), Membro do Fórum Jurídico de Direito à Saúde do CNJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama atual e projeção futura das ações de erro médico no Brasil. 2.1. O exemplo norte-americano. 2.2. Realidade nacional. 3. A gestão jurídica do risco médico-hospitalar. 4. Formas de atuação jurídica na gestão do risco médico-hospitalar. 4.1. Preenchimento e revisão de prontuários. 4.2. Formas de arquivamento de prontuários. 4.3. Adoção e revisão de estatutos, regimentos internos e demais normas administrativas. 4.4. Políticas de relacionamento com pacientes e familiares. 4.4.1. Termo de consentimento informado. Referências.

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

RESUMO: As ações judiciais envolvendo a atividade médico-hospitalar têm crescido muito no país. Esse crescimento está atrelado à falta de cultura preventiva dos profissionais e gestores da área da saúde. Há, portanto, um alto risco de hospitais e profissionais serem condenados por falhas em suas atuações. Esse risco é potencializado pela desorganização administrativa, que de forma freqüente direciona uma condenação judicial sem a existência efetiva de um dano. Assim se desenha o risco jurídico na atividade médico-hospitalar. Esse contexto revela a necessidade da adoção de sistemas e políticas corretivas e preventivas por parte dos hospitais, como forma de gerenciar o risco jurídico na atividade médico-hospitalar e impedindo que condenações judiciais prejudiquem a saúde financeira dos hospitais.

ABSTRACT: The lawsuits involving hospital medical activity has grown significantly in the country. This growth is linked to the lack of preventive culture of professionals and managers in the health area. There is therefore a high risk of hospitals and professionals being convicted of flaws in their performances. This risk is increased by the administrative disorganization, which so often directs a conviction court without the existence of an effective damage. So it draws the legal risk in the activity healthcare. This context reveals the need to adopt systems and corrective and preventive policies by hospitals as a way to manage legal risk activity in healthcare and preventing court convictions undermine the financial health of hospitals.

1. INTRODUÇÃO

A atividade médico-hospitalar traz consigo uma série de riscos que podem reduzir ou até inviabilizar seu exercício. Esses riscos podem acarretar, além de prejuízos internos, o dever da entidade hospitalar de reparar os danos causados a terceiros. Na gestão hospitalar, é certo, o risco é inerente à própria execução da atividade¹. Apesar disso, vê-se que

¹ Esse também é o entendimento de Carla Gonçalves: Quem poderá dizer que a atividade médica não convive, diariamente, com ponderações de risco? Com o risco de se optar por um determinado tratamento, perfeitamente possível diante dos ditames da ciência, mas que resulte desastroso para o paciente em concreto; com o risco da má interpretação de um determinado exame laboratorial.

a grande maioria dos hospitais, por não adotarem condutas voltadas ao gerenciamento desse risco, potencializa as chances de causar danos aos seus pacientes. Não raramente é a má organização administrativa que impede a entidade hospitalar de demonstrar (principalmente em processos judiciais) que, em determinadas hipóteses, não foi responsável pelos danos experimentados aos pacientes, fazendo com que o hospital assuma o pagamento de indenização sem que tenha lhe causado prejuízo. Dentro desse quadro, o crescente número de processos judiciais é um vetor exponencial, e vem impactando de maneira considerável o orçamento dos hospitais.

Se é certo que, de um lado, o olhar jurídico pouco ou nada pode fazer para diminuir os erros ocorridos nas intervenções às quais os pacientes são submetidos, de outro, pode fazer muito para instituir políticas preventivas que: (i) diminuam o número de ações judiciais envolvendo a atividade médico-hospitalar; (ii) reduzam o risco de condenações nessas espécies de processos e; (iii) minorem o valor das indenizações.

O presente artigo volta-se para esse contexto e objetiva apresentar o atual cenário dos processos judiciais envolvendo a responsabilização civil pela atividade médico-hospitalar (processos popularmente rotulados como ações por “erro médico”) e demonstrar que, a partir desse quadro, os hospitais devem se pautar por políticas jurídicas de prevenção, as quais impõem a adoção de procedimentos e rotinas administrativas.

2. PANORAMA ATUAL E PROJEÇÃO FUTURA DAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO NO BRASIL

A história recente tem revelado um aumento significativo das ações judiciais envolvendo o tema do erro médico. Contudo, dentro de um contexto mundial, pode-se considerar que o país ainda está num estágio embrionário, no que concerne ao volume de ações de responsabilidade médico-hospitalar.

GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade civil médica**: um problema para além da culpa. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 41.

Traz-se adiante o exemplo do panorama histórico das ações por erro médico nos EUA, como espelho possível (para não dizer provável) do contexto contencioso futuro dessa matéria no Brasil.

2.1. O EXEMPLO NORTE-AMERICANO

Em janeiro de 2004 e maio de 2006, um dos periódicos mais respeitados da área médica naquele país, o *New England Journal of Medicine*, publicou dois estudos acerca do tema erro médico². O panorama apresentado é alarmante.

Desde a década de 60, onde se iniciaram as demandas jurídicas derivadas da má prática da medicina³, até os dias atuais, os Estados Unidos já passaram por três crises que comprometeram seu sistema de saúde.

Isso tudo porque, já naquela época, o volume de ações judiciais e respectivas condenações foi de tamanha monta, que médicos e hospitais passaram a questionar a viabilidade financeira de sua atuação. O exercício profissional desprovido de um seguro específico para eventuais condenações por erro médico tornou-se impossível.

Na década de 80, as próprias seguradoras começaram a abandonar o mercado de seguros na área médica, ante ao contínuo aumento no número e no valor das condenações. Houve a necessidade de uma intervenção política e financeira por parte do governo.

Dentro dessa conjuntura o erro médico passou a ser parte importante da economia norte americana. Tudo pelo fato de o volume financeiro na equação (serviço médico + seguro = demanda judicial e pagamento) passar a contabilizar bilhões de dólares em arrecadação aos cofres públicos. Os estudos mostraram que a cada dólar gasto em demandas judiciais envolvendo erro médico, mais da metade é direcionada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

2 **Medical Malpractice**, por David M. Studdert, LL.B., Sc.D., M.P.H., Michelle M. Mello, J.D., Ph.D., and Troyen A. Brennan, M.D., J.D., M.P.H., 15 de janeiro de 2004 e **Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation** por David M. Studdert, LL.B., Sc.D., M.P.H., Michelle M. Mello, J.D., Ph.D., M.Phil., Atul A. Gawande, M.D., M.P.H., Tejal K. Gandhi, M.D., M.P.H., Allen Kachalia, M.D., J.D., Catherine Yoon, M.S., Ann Louise Puopolo, B.S.N., R.N., and Troyen A. Brennan, M.D., J.D., M.P.H. em 11 de maio de 2006.

3 *Medical malpractice* é o termo utilizado nos EUA, que equivale à expressão do “erro médico” rotineiramente usada no Brasil.

O artigo *Medical Malpractice* cita que chegou aos Estados Unidos uma nova crise, na qual predomina a medicina defensiva, assim definida como um aumento de exames e consultas tidas como dispensáveis, que têm o único condão de assegurar a diminuição das condenações por erro médico. Tais práticas estão encarecendo consideravelmente o sistema de saúde, haja vista que variam anualmente entre U\$ 5 e U\$ 15 bilhões.

De outra via, o número de processo por erro médico não diminuiu. Além de sua manutenção, a justiça americana, cada vez mais, tem se afastado das provas periciais e dos indicativos literários para julgar pela própria convicção. Ou seja, a convicção leiga do julgador está predominando e acaba por impor condenações àqueles que não causaram danos aos pacientes. Os valores das condenações oscilam entre U\$ 300 e U\$ 400 mil dólares. Embora não se tenha o número exato de demandas judiciais envolvendo os profissionais médicos, estudos mostraram que já em meados de 1970, um em cada quatro médicos norte-americanos já havia sido processado.

2.2. REALIDADE NACIONAL

O panorama nacional é consideravelmente diferente daquele encontrado nos EUA. Anteriormente à década de 90 pouco se ouvia falar em ações judiciais envolvendo a responsabilidade de médicos e hospitais.

Com a promulgação da Constituição de 1988 este contexto começou a se alterar. Não que anteriormente inexistia-se o cometimento de erros nas instituições de saúde, mas faltava à população ferramentas jurisdicionais eficientes, capazes de repassar ao cidadão ferramentas para o exercício do direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

Outro marco importante foi o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Inúmeros mecanismos legais foram criados, com o objetivo de proteger a população contra atividades abusivas e unilaterais. Dentre eles podem ser citados a possibilidade de inversão do ônus da prova⁴ nas demandas judiciais que envolverem relação de consumo e a possibilidade de afastamento de disposições contratuais

4 Artigo 6º, inciso VIII.

que onerem demasiadamente o consumidor⁵, conhecidas como as cláusulas leoninas ou abusivas.

As inovações legais serviram como incentivo para a busca da tutela jurisdicional pelos cidadãos. A atividade médico-hospitalar passou a ser alvo das ações judiciais e o crescimento de processos envolvendo o erro médico progrediu em escala geométrica.

Em novembro de 2008 o jornal Gazeta do Povo de Curitiba editou matéria noticiando que no período de 2001 a 2008, houve um aumento do número de ações judiciais que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, envolvendo danos causados por médicos e hospitais no país, da ordem de 17 vezes⁶.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁷ os números também são impactantes. No ano de 1999 apenas 19 processos envolvendo erro médico haviam sido julgados em grau de recurso. Após 10 anos esse número subiu para 154. Neste ano de 2013, somente no primeiro semestre, já foram julgados pela Corte paranaense 484 processos⁸.

A verdade é que, apesar do considerável crescimento, o número absoluto de ações judiciais envolvendo o erro médico ainda é pequeno, principalmente quando comparado com outras relações de consumo como a bancária.

Em 2006 o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo publicou um estudo denominado “O Médico e a Justiça”. Naquela pesquisa apurou que o valor das condenações judiciais varia de 15 a 150 mil reais, dependendo do grau da lesividade, sem contar as condenações ao pagamento de pensões, que alcançam a média de 03 salários mínimos mensais. Contudo, em 53% dos casos a decisão judicial de primeira instância foi desfavorável ao paciente. Esse percentual recebeu interferência direta da má-atuação dos advogados nas causas.

5 Artigo 39.

6 DIAS. Vinicius. (IR) Responsabilidade. Aumenta o número de ações de erro médico. Jornal Gazeta do Povo, 14 de novembro de 2008. <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaacidania/conteudo.phtml?id=827968&tit=Aumenta-o-numero-de-aco-es-por-erro-medico>. Acesso em 03/07/2013 20:04 hs.

7 Exemplo conterrâneo de autor que se espelha nos demais Tribunais do país.

8 Disponível em: www.tjpr.jus.br. Como parâmetro de pesquisa utilizou-se de forma conjugada os verbetes ERRO e MÉDICO

O mesmo estudo mostra que em 34% das ações a prova pericial sequer foi requerida. Não resta dúvida de que é a prova mais importante a ser produzida numa ação na qual se discute a responsabilidade do médico ou do hospital pelo dano causado ao paciente, já que é por meio da perícia que se descobre o nexos da causalidade, ou seja, que a origem do dano tem como fator a ação profissional ou a omissão do profissional ou da instituição hospitalar.

Os resultados apurados na pesquisa realizada pelo CREMESP levam em conta ações judiciais iniciadas anteriormente ao ano 2000. À época o tema do erro médico era incipiente nos cursos de direito. Havia poucos especialistas e doutrinadores no assunto e a própria jurisprudência acabava por oscilar, ante a falta de afinidade com o tema.

A realidade atual é consideravelmente diferente. Hoje em dia, em muitas universidades, há cadeiras específicas tratando do tema direito médico. Inúmeros cursos de pós-graduação jurídica tornam o advogado especialista para atuar em ações envolvendo a responsabilidade médico-hospitalar. Não resta dúvida de que o percentual de sucesso nessas ações crescerá consideravelmente.

Outro fator de extrema relevância é o aumento do número de advogados no país. Segundo dados do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, há hoje no Brasil aproximadamente 850.000 advogados⁹. O crescimento do número de advogados dá mais acesso à justiça para os cidadãos que se sentem lesados por práticas médico-hospitalares.

Assim, tem-se que é consideravelmente alto o nível de crescimento de ações judiciais nos países envolvendo a atividade de médicos e hospitais. Pelo aumento no número e na especialização dos advogados no país, a quantidade de ações e o êxito nas condenações, dentre em breve o custo do erro médico será muitíssimo mais elevado do que o atual.

9 <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Consultado em 03/07/2013 20hs27min.

3. A GESTÃO JURÍDICA DO RISCO MÉDICO-HOSPITALAR

O cenário desenhado no capítulo anterior revela que o custo do erro médico afetará, se já não afeta, a sustentabilidade de entidades e profissionais ligados à área da saúde. Aqui, portanto, reside a principal razão para que os hospitais passem a adotar medidas preventivas, voltadas à gestão do risco jurídico. Essa gestão deve reunir um conjunto de medidas preventivas e corretivas a serem adotadas em todas as atividades desenvolvidas pelas entidades de saúde (clínicas, postos de saúde, hospitais etc).

As medidas corretivas podem ser definidas como aquelas que identificam uma dada conduta médico hospitalar incompatível com a gestão do risco. Dá-se um exemplo: um determinado hospital possui um sistema notadamente falho de arquivamento de prontuários de pacientes. Neste sistema exemplificado, não há uma verificação prévia, diga-se anterior ao arquivamento, do preenchimento de todas as informações que deveriam constar no prontuário ou ainda se este foi preenchido de forma legível pelos médicos e demais profissionais envolvidos no tratamento do paciente.

Neste exemplo mostra-se prudente a adoção de uma medida corretiva no sistema de arquivamento de prontuários, a fim de que somente sejam enviados para o arquivo aqueles que foram preenchidos de forma correta. Isso porque a falta de informações num prontuário pode vir a ser o ponto fundamental para a uma condenação judicial, já que inevitavelmente fará parte dos autos processuais. Ainda que se tenha tomado todas as precauções e cuidados para o sucesso no tratamento do paciente, a ausência dessas informações no prontuário do paciente equivale, nos processos éticos, administrativos e judiciais, à própria inexistência destes atos. Relembre-se aqui o brocardo jurídico *Quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo).

Assim, as medidas corretivas na atuação da gestão jurídica do risco médico-hospitalar visam a ajustar as ações já adotadas pela entidade de saúde, mas que postas à luz do ordenamento jurídico e da jurisprudência pátria revelam-se como nocivas.

Já as medidas preventivas se caracterizam como aquelas ainda não adotadas pelas entidades, fundamentais para a boa gestão do ris-

co médico-hospitalar. Traz-se à tona uma medida fundamental, pouco usada pela maioria das entidades de saúde, qual seja a adoção de políticas para a melhoria na relação com o paciente.

É considerável o número de ações judiciais nas quais se discute tão somente o dano moral causado ao paciente ou aos seus familiares. Ou seja, a má relação da entidade hospitalar com o paciente ou à família é o único vetor para impulsionar a ação judicial. Exemplo disso é a condenação imposta em 2009 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal a hospital público que impediu o filho de um paciente de visitá-lo¹⁰. Por isso, mostra-se fundamental que sejam adotadas medidas que previnam a busca do paciente pelo Poder Judiciário, agindo de forma conciliatória para reduzir o número de insatisfações. Para que isso ocorra, deve haver dentro da entidade de saúde uma política de relacionamento em prol do paciente.

Nesse sentido, as medidas preventivas podem ser consideradas como ações inovadoras na atuação médico-hospitalar, também tendo como foco a diminuição de danos causados, dando maior capacidade para a gestão do risco.

4. FORMAS DE ATUAÇÃO JURÍDICA NA GESTÃO DO RISCO MÉDICO-HOSPITALAR

As ações jurídicas em prol do gerenciamento do risco não podem ser adotadas de forma ocasional. Ou existe uma política sistemática (imutável ante às modificações do quadro funcional da entidade) de redução de risco, ou se coloca seu futuro ao arbítrio da sorte e da inafastável possibilidade de falha dos profissionais que atuam no desenvolvimento da atividade médico-hospitalar.

É de se recordar que o risco na atividade médico-hospitalar pode gerar danos consideravelmente gravosos à própria entidade de saúde. A par das indenizações, não raramente de valor expressivo, não se pode ignorar que as políticas de gerenciamento de risco diminuem a quantidade de danos causados a terceiros, aumentando a credibilidade da

10 499024020068070001 DF 0049902-40.2006.807.0001, Relator: LÉCIO RESENDE, Data de Julgamento: 19/03/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 30/03/2009, DJ-e Pág. 63.

instituição perante a sociedade o que também, indiscutivelmente, contribui para a saúde financeira da entidade.

O número de políticas voltadas à gestão jurídica do risco médico-hospitalar é vultoso e impossível de se exaurir neste artigo. Contudo, as ações que merecem especial destaque serão apresentadas de forma sintética a seguir.

4.1. PREENCHIMENTO E REVISÃO DE PRONTUÁRIOS

O preenchimento e a revisão dos prontuários do paciente é requisito obrigatório na gestão jurídica do risco médico-hospitalar. O Código de Ética Médica¹¹ obriga a elaboração de prontuário legível para cada paciente, no qual deverão constar os dados clínicos necessários a serem preenchidos em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

Significa dizer que, também recairá ao médico a responsabilidade pelo preenchimento incorreto do prontuário, digam-se aqui informações ilegíveis, faltantes ou conflitantes. Ou seja, se o médico ou o hospital dependerem do conteúdo do prontuário do paciente para comprovar que não agiram com culpa poderão ter a produção desta prova de fato prejudicada no caso do preenchimento incorreto. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao condenar um hospital ao ressarcimento por danos morais, apontou com propriedade que o mau preenchimento do prontuário do paciente demonstra a fragilidade das anotações realizadas pela equipe do hospital que, ao ver dos julgadores, confirmaram a insuficiência de informações acerca da correção do procedimento médico e de seus riscos¹².

11 Artigo 39.

12 TJMG. 2006. Processo 2.0000.00.498347-5/000 (2). Relator Des. Osmando Pereira. O Hospital réu foi condenado ao pagamento de R\$ 14.000,00 a título de dano moral. "De fato, os documentos juntados nas fls. 34/43 (pelo autor), novamente nas fls. 69/74 (pelos médicos) e novamente nas fls. 100/103 (pelo nosocômio) demonstram a fragilidade das anotações realizadas pela equipe do hospital: há rasuras; não há registro de anamnese apurada do paciente, que deve preceder a operação; há divergências que poderiam causar confusões (no mesmo dia, há previsão de dieta livre e jejum oral, sem consignar que o paciente era diabético); não há exames pré-operatórios; não houve a medição da glicose imediatamente antes da cirurgia (a glicose poderia ter sido corrigida antes do

Ressalta-se, não se trata aqui de recomendar a deturpação do prontuário, de modo que as informações nele constantes não reflitam com exatidão o ocorrido durante o tratamento médico-hospitalar. Em verdade, chama-se a atenção para a importância do preenchimento correto do prontuário, haja vista que sua confecção errônea pode ocasionar o dispêndio financeiro, por parte do hospital ou do médico, no ressarcimento de um dano inexistente ou que não tenha como causa a sua atuação¹³.

Em face da relevância do correto preenchimento do prontuário do paciente foi que o Conselho Federal de Medicina disciplinou (Resolução 1638/2002) a obrigatoriedade da criação de comissão de revisão de prontuários em instituições que prestem assistência à saúde. A atuação da comissão deve assegurar a correta descrição das ações praticadas em favor do paciente, garantindo sua continuidade e o registro das intervenções e decisões tomadas durante todo o tratamento.

Não basta, contudo, que esta comissão tenha sua existência limitada a uma obrigatoriedade legal e venha atuar de forma simbólica (como usualmente ocorre). É mecanismo dos mais importantes para a gestão do risco jurídico médico-hospitalar. Para tanto, tem de partir da própria comissão, em sintonia com os demais órgãos diretivos e consultivos da entidade de saúde, normas específicas para o preenchimento do prontuário, cabendo a ela posteriormente o controle da obediência a tais normas.

Normas muito simples, como a proibição de rasuras nos prontuários, até disciplinas administrativas mais complexas que regulem o caminho do prontuário desde sua abertura até seu arquivamento, mostram-se como peças fundamentais na gestão jurídica do risco médico-hospitalar. Por isso é imperiosa a criação de uma política em prol do preenchimento e revisão dos prontuários dos pacientes.

início da operação para que o autor não fosse operado na faixa limite, conforme foi atestado pelos médicos); e não houve informações adequadas, mas sim insuficientes sobre o serviço e os riscos.”

13 Importante finalizar este tópico com as advertências de Genival Veloso de França: Uma das primeiras fontes de consulta e informação sobre um procedimento médico contestado é o prontuário do paciente. Por isso, é muito importante que ali estejam registradas todas as informações pertinentes e oriundas da prática profissional. Infelizmente, por questão de hábito ou de alegada economia de tempo, os médicos têm se preocupado muito pouco com a documentação do paciente, com destaque para a elaboração mais cuidadosa do prontuário. FRANÇA. Genival Veloso de. Direito médico. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229.

4.2. FORMAS DE ARQUIVAMENTO DE PRONTUÁRIOS

Pergunta mais do que rotineira no universo da saúde, o tempo que se sugere para a guarda de documentos médicos do paciente gera imenso debate. Os tribunais têm rejeitado a incidência de prazos prescricionais mais exíguos. O Superior Tribunal de Justiça já afastou o prazo quinquenal estipulado no Código de Defesa do Consumidor, entendendo que no caso a prescrição da pretensão seria de vinte anos, a teor do contido no artigo 177 do Código Civil de 1.916¹⁴.

É de se reforçar também que as hipóteses de suspensão da contagem do prazo prescricional não são exceções nos casos que envolvem alegações de erro médico. Usualmente as condições pessoais dos pacientes impedem o início da contagem do prazo prescricional. Em outras situações chegam a interromper ou a suspender tal contagem. Exemplificam o aqui apresentado as situações envolvendo pessoas incapazes (menores de idade ou aqueles mentalmente debilitados), já que nestes casos os prazos prescricionais permanecem suspensos enquanto perdurar a incapacidade (artigo 198, I do Código Civil).

Todavia, mais importante do que o lapso temporal é a forma de arquivamento do prontuário do paciente. Relembre-se que a responsabilidade pela guarda do prontuário, que é do paciente, incumbe ao médico e aos seus superiores hierárquicos, a teor do artigo 2º da resolução 1638/2002 CFM.

Nesse contexto, revela-se que o extravio parcial ou total do prontuário pode por si só gerar o dever de indenização. A perda do pron-

14 CIVIL. CONSUMIDOR. HOSPITAL. ERRO MÉDICO. PRINCÍPIO DA AMPLA REPARAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DE ATOS ILÍCITOS. AÇÃO PROPOSTA COM FUNDAMENTO NO CDC E NO CC/16. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ART. 177 DO CC/16. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE VINTE ANOS. 1. Na hipótese dos autos, a causa determinante para a verificação dos danos suportados pela recorrente foi o ato culposo do preposto do hospital recorrido, e não o exercício das atividades hospitalares, estritamente consideradas. A causa de pedir não está fundamentada no acidente de consumo, mas sim na imperícia do preposto. 2. O julgador não está adstrito aos argumentos trazidos pela parte, podendo adotar fundamentação jurídica diversa. Aplicação do princípio "jura novit curia." 3. 'A invocação desta ou daquela regra jurídica é argumento, e não razão da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes' (AgRg em Ag 5.540/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 11/3/1991). 4. A excepcionalidade da questão trazida a debate e a circunstância de ter a recorrente mencionado os princípios que regem a responsabilidade civil do empregador por ato culposo de preposto possibilitam a aplicação das regras contidas no CC/16 à espécie. 5. Recurso especial provido." (REsp 841.051/RS - 03.08.2010)

tuário podem gerar transtornos e responsabilidades. Comumente as autoridades judiciais solicitam a cópia de prontuários de pacientes para instrução de processos e inquéritos. O não encaminhamento destes documentos pode vir a prejudicar uma investigação de crimes contra a pessoa, tais como homicídio e lesão corporal. Parece evidente que tanto o médico quanto os demais agentes responsáveis pela guarda do prontuário poderão vir a ser penalizados pela negligência na guarda desta documentação.

O mais grave, no entanto, é que a perda ou o extravio de prontuário inviabiliza a produção de uma defesa jurídica capaz de evitar uma condenação por erro médico. Em 2004 o Tribunal de Justiça de Santa Catarina condenou entidade hospitalar que não conseguiu comprovar a ausência de culpa, por força do extravio do prontuário do paciente¹⁵.

Por conta disso, devem as entidades de saúde criar procedimentos administrativos que disciplinem com rigidez a guarda destes documentos, estipulando responsabilidades e prazos. Nesse contexto, alguns prontuários merecem maior cuidado no arquivamento do que outros. Obviamente que o acesso aos prontuários de pacientes cujo tratamento realizou-se com sucesso tem menos chance de serem exigido. Já aqueles em que houve óbito, seqüelas derivadas do tratamento ou aqueles relativos a pacientes que foram vítimas de violência, hão de ter o zelo redobrado no momento da guarda, pois é alta a probabilidade de haver solicitação de acesso ou mesmo a requisição por parte das autoridades administrativas ou judiciais.

Dentro de todos estes exemplos, mostra-se evidente a importância de um procedimento administrativo capaz de identificar o grau de importância do prontuário dentro de uma escala de probabilidade de sua solicitação.

Não basta só a boa guarda da documentação, deverá também chegar às mãos do solicitante no prazo legal ou em tempo de ser útil. Em algumas ações judiciais a entidade hospitalar pode vir a arcar com multa diária, caso não cumpra o prazo de exibição do prontuário. Em

15 "Dificuldade de comprovação devido ao extravio dos prontuários médicos. Conjunto probatório que aponta no sentido da responsabilidade do estabelecimento ambulatorial. Não comprovação de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. Dever de indenizar." (TJSC. Apelação cível n. 2004.009346-2, de Araranguá. Julgamento: 19/08/2004).

outras, como, por exemplo, a concessão liminar de uma pensão ao paciente, o arquivamento incorreto do prontuário relativo àquele paciente pode fazer com que o pagamento da pensão se dê até o final do processo, causando dano financeiro de considerável monta ao hospital.

Muito hoje tem se falado, e há inúmeros hospitais que se utilizam, do prontuário eletrônico como solução para muitos dos problemas e preocupações trazidas neste tópico. Sendo digital ou físico, o que importa é existir uma disciplina interna eficiente para a guarda dessa documentação, garantindo sempre a boa conservação para futura e possível consulta.

4.3. ADOÇÃO E REVISÃO DE ESTATUTOS, REGIMENTOS INTERNOS E DEMAIS NORMAS ADMINISTRATIVAS

A adoção de regras administrativas é de fundamental importância para diminuir o risco médico-hospitalar. Estas disciplinas têm o condão de delimitar responsabilidades, de modo a se poder identificar com mais clareza na atividade médico-hospitalar quais são os deveres de cada um dos agentes que estão envolvidos na atividade de saúde.

Todos os profissionais possuem obrigações legais de cunho civil e ético, por exemplo, mas isso não é o bastante. É importante que hospitais e clínicas editem normas de cunho administrativo, com a finalidade de dizer como os agentes que neles atuam devam se comportar dentro das instalações.

Há de se delimitar quais são os protocolos internos que os profissionais da saúde devem respeitar dentro da instituição de saúde que atuam. Emissão de relatório de atividades e de produtividade, respeito aos horários de exercício da profissão delimitados pelos chefes e diretores de setores, prazo para assinatura de guias de atendimento para cobrança de honorários médicos e demais despesas hospitalares, são apenas poucos exemplos de um rol extenso que deve estar previsto nas normas internas.

Em sede administrativa, deve haver delimitação clara de quem são as pessoas autorizadas a falar em nome da entidade perante a imprensa, por exemplo. Quem tem o poder de emitir declarações públicas,

atestados e certidões a terceiros, ou ainda quem são os responsáveis pela representação judicial do hospital. Tais regras permitem um controle maior sobre a forma com que as entidades hospitalares se relacionam com terceiros, diminuindo o risco da produção de atos que atentem contra o próprio hospital.

A resolução 1.124/83 do CFM disciplina a obrigatoriedade da adoção de regimento interno do corpo clínico das entidades hospitalares. O regimento interno do corpo clínico pode interferir positiva ou negativamente no controle do risco jurídico da atividade médico-hospitalar. Não resta dúvida de que as entidades que têm menos controle dos profissionais que exercem a medicina em suas instalações correm um risco maior de responderem civilmente pelos danos causados a pacientes, principalmente se comparadas com aqueles hospitais nos quais o exercício da atividade médica é mais restritivo.

Ainda assim, o regime jurídico do regimento interno do corpo clínico tem de permitir que os profissionais que causem dano aos pacientes e à imagem da entidade hospitalar percarn a permissão para atuar no hospital. Mais! Esse regimento tem de estar em consonância com o regimento interno do hospital, permitindo uma sinergia que auxilie tanto no exercício profissional quanto na prevenção de danos.

4.4. POLÍTICAS DE RELACIONAMENTO COM PACIENTES E FAMILIARES

Não resta dúvida de que a relação com pacientes e familiares é o item mais importante na atuação jurídico-preventiva do risco médico-hospitalar. Luiz Augusto Pereira e o médico norte americano John Richards são citados pelo professor Miguel Kfoury Neto, ao indicarem as medidas preventivas a serem inseridas na relação médico-paciente.

Dar atenção ao paciente; manter a confiança dos pacientes; aplicar o documento de consentimento informado; registros médicos, documentação; Prontuário; Fornecimento de instruções; Documentar quando o paciente é negligente.

Identificar padrões comportamentais; Atender as necessidades emocionais; Investir na relação médico-paciente; Interagir com pacientes

e familiares; Evitar pacientes com os quais não tenha condições objetivas de desenvolver um bom relacionamento; Evitar pacientes de risco.

Pacientes de risco são os que: Elogiam em excesso o profissional; Clínicos; Exageram nas queixas; Apresentam extrema aflição; Quase não falam; Dificuldades com membros da família; Maliciosos; Trocam freqüentemente de médicos.¹⁶

As práticas citadas pelos autores, dentre outras recomendadas, não devem simplesmente ser realizadas por médicos e hospitais. É preciso que sejam institucionalizadas. Devem existir regras específicas para identificação e tratamento dos pacientes considerados como de risco. O médico e os demais agentes de saúde devem saber a quem avisar quando identificam um paciente de risco.

No caso de uma alta administrativa, por exemplo, já deve estar pré-estabelecido em normas internas a colheita de testemunho daqueles que podem atestar a inviabilidade e a falta de colaboração do paciente com o tratamento ao qual estava submetido. Nos casos de fuga do paciente, devem existir sistemas que permitam o envio desse fato à Diretoria do hospital e ao departamento jurídico.

Também há de existir no ente hospitalar um canal aberto de comunicação entre pacientes, familiares e o hospital. As queixas, reclamações e sugestões necessitam chegar a conhecimento dos agentes de saúde capazes de resolvê-las ou ao menos minimizá-las.

A atuação preventiva pode resolver um assunto que potencialmente chegaria ao Poder Judiciário. A resolução pacífica de conflito através da conciliação extrajudicial, por exemplo, pode diminuir os gastos com indenizações, evitando aqueles custos correlatos ao processo judicial (honorários advocatícios e periciais, por exemplo).

4.4.1. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Dentro do espectro da relação com pacientes e familiares o tema do consentimento informado é dos mais relevantes, já que é prática de considerável importância no desenvolvimento da gestão do risco médico-hospitalar. Contudo, é consideravelmente equivocado imaginar que sua

16 In. Kfourri Neto. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 420.

existência elimina a possibilidade da interposição de uma ação judicial contra o médico ou o hospital. Exemplo disso é o teor do acórdão nº 12380, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Referida Corte, ao se defrontar com o pedido de ressarcimento de danos morais pela realização de cirurgia de laqueadura sem o consentimento da paciente, sinalizou que o documento apresentado pelo hospital, supostamente entendido como o termo de consentimento informado, não comprovou a anuência da paciente com a referida cirurgia. Do citado acórdão, o seguinte trecho merece destaque: *o referido documento não tem o condão que lhe foi emprestado pelos requeridos, porque em momento algum se pode extrair dali autorização para tão grave intervenção cirúrgica, haja vista que manuscrito se verifica a retirada de cisto no ovário, tão somente. Saliente-se a imprestabilidade do documento de fl. 85, que no item 9, trata de vasectomia.*

O termo de consentimento informado não pode ser equiparado a um mero formulário comercial. É de se lembrar que o conhecimento médio da população não atinge os níveis mais rasos da ciência médica. Por isso, quando se fala em consentimento informado, versa-se sobre o repasse de informações suficientes para que o paciente tenha ampla e total condição de entender a que título se dá a intervenção cirúrgica, qual é seu objetivo e quais são os seus riscos. O termo de consentimento informado tem o condão de documentar as informações repassadas pelo profissional médico¹⁷.

Um didático julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se enfrentou o tema da responsabilidade médica derivada do insucesso em cirurgia estética, faz anotações importantíssimas sobre a correta elaboração do termo de consentimento informado. Disserta o Acórdão, ao salvaguardar a conduta médica, que foram enumerados formalmente pelo profissional *os benefícios e complicações normalmente diagnosti-*

17 Miguel Kfourri Neto faz alerta de altíssima relevância nesse sentido: A informação parte de um pressuposto inafastável: que o paciente possa, com liberdade, ausente qualquer coação, com absoluta consciência, receber todos os dados necessários e úteis, para exprimir seu consentimento em relação ao tratamento recomendado.

Aqui, de nada vale ao profissional alegar a exigüidade do contrato com o enfermo, nessas 'consultas-relâmpago' patrocinadas pelo SUS. Com a saúde não se pode transigir. É dever imposto ao médico, por imperativo ético-moral, informar o paciente e dele obter adesão livre e espontânea à terapêutica recomendada "In. KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 289.

*casas na intervenção a que se submeteu a recorrente – inclusive as hipóteses de caso fortuito, que escapam ao controle da ciência médica*¹⁸.

Pelo viés aqui apresentado, suplantado pelos ensinamentos jurisprudenciais e doutrinários, tem-se como importantíssima a adoção de uma política de consentimento, que implante nas rotinas administrativas e médicas a forma e o momento na prestação da informação e na formalização deste ato, por meio do termo de consentimento. Tais termos não podem ser genéricos ou abranger uma pluralidade de procedimentos. Hão de se vincular especificamente a cada um dos atos cirúrgicos que possam ser realizados, levando em conta, inclusive, as especificidades de cada caso e do paciente.

18 REsp 1180815/MG. RelMinistra Nancy Andrighi, DJ 26/08/2.010. *“Há nestes autos, ainda, outra peculiaridade que merece atenção. Nos termos da decisão recorrida, ‘atua com cautela e segurança o cirurgião plástico que informa à paciente os riscos da intervenção estética e dela colhe o ‘ciente’ por escrito, dando a conhecer à pessoa as conseqüências ou decorrências do procedimento que será efetuado” (e-STJ fl. 443). Tem-se, assim, que a recorrida foi advertida sobre a possibilidade de insucesso parcial ou total da cirurgia à qual se submeteu, tendo o recorrido “explicado todo o procedimento à primeira apelada, informando-lhe sobre os possíveis riscos e complicações pós-cirúrgicas” (e-STJ fl. 457). A conscientização da recorrente, portanto, é também de fundamental importância para o deslinde da questão ora em debate, em especial diante do comando contido no art. 6º, III, do CDC. O TJMG – após minucioso exame das provas produzidas durante a instrução processual – inferiu que o recorrido, ao obter da recorrente o termo de consentimento informado, agiu com a honestidade devida, alertando-a acerca de eventuais problemas que pudessem surgir durante o pós-operatório. Esta Corte já teve a oportunidade de analisar o dever de informação dos profissionais da medicina, sendo que o i. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em uma dessas ocasiões, consignou que “(...) a obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento informado” (REsp 467.878/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 10/2/2003). Não se trata, aqui, de atribuir ao “termo de consentimento informado” a capacidade de excluir o dever do médico de indenizar o paciente por danos provocados por negligência, imprudência ou imperícia. O documento assinado pela recorrida somente comprova a boa-fé que orientou o recorrido durante a relação com a paciente, enumerando os benefícios e complicações normalmente diagnosticadas na intervenção a que se submeteu a recorrente – inclusive as hipóteses de caso fortuito, que escapam ao controle da ciência médica. É possível concluir que a recorrente, ao anuir com os termos do documento elaborado pelo recorrido, estava ciente da possibilidade de falha na cirurgia realizada e a possibilidade de maior evidência das cicatrizes, em virtude de sua maior predisposição genética e racial. Assim, não só a atuação regular do profissional retirou o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, como também foi cumprido o dever de colher o consentimento informado da recorrente, nos termos do art. 34 da recente Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica), que veda ao médico ‘deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”*

REFERÊNCIAS

BARROS JR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico**: uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANÇA. Genival Veloso de. **Direito médico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade civil médica**: um problema para além da culpa. Coimbra: Editora Coimbra, 2008..

KFOURI NETO. Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Medical Malpractice, por David M. Studdert, LL.B., Sc.D., M.P.H., Michelle M. Mello, J.D., Ph.D., and Troyen A. Brennan, M.D., J.D., M.P.H., 15 de janeiro de 2004 e **Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation** por David M. Studdert, LL.B., Sc.D., M.P.H., Michelle M. Mello, J.D., Ph.D., M.Phil., Atul A. Gawande, M.D., M.P.H., Tejal K. Gandhi, M.D., M.P.H., Allen Kachalia, M.D., J.D., Catherine Yoon, M.S., Ann Louise Puopolo, B.S.N., R.N., and Troyen A. Brennan, M.D., J.D., M.P.H. em 11 de maio de 2006.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2ª.ed. São Paulo. RT. 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.





A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: A PERICLITANTE LACUNA LEGISLATIVA



Bruno Milano Centa

Advogado, graduado pela Faculdade de Direito de Curitiba. Mestrando na linha Estado, atividade econômica e desenvolvimento sustentável na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em *Derecho del Trabajo y Crisis Economica* pela Universidad de Castilla La Mancha (Toledo/Espanha). Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro titular do Conselho Jurídico da Confederação Nacional de Saúde, representando a Federação dos Hospitais do Estado do Paraná – FEHOSPAR.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A terceirização: conceituação. 2. A insegurança jurídica para terceirização no Brasil. 2.1. A solução do *jus ativismo*: regramento trazido pela Súmula 331 do Tribunal

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013



Superior do Trabalho. 2.2. Da definição de atividade meio e atividade fim. 2.3 Atividade fim e atividade meio em hospitais. Referências.

RESUMO: A terceirização de serviços é tema recorrente nas lides trabalhistas, dada a crescente utilização desta modalidade de prestação de serviços pelo empresariado; e especialmente, pela ausência absoluta de normativa em nosso ordenamento jurídico vigente. Através do modelo de prestação de serviços de saúde, este artigo busca demonstrar a fragilidade dos conceitos trazidos no único regramento existente – a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – e a insegurança jurídica da terceirização baseada no binômio atividade meio/atividade fim.

ABSTRACT: Outsourcing is a recurring theme in labor conflicts, which is justified by the increasing use of this modality of service by the firms, and especially by the absolute lack of rules in Brazilian legislation. By the use of the model of health services, this article seeks to demonstrate the fragility of the concepts introduced in the existing single “rule” - Precedent 331 of the Superior Labour Court - and legal uncertainty of outsourcing activity based on binomial intermediate/main activity.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Hospital. Clínica. Serviços de Saúde. Constituição Jurídica Empresarial. Vínculo de Emprego. Autônomo. Liberdade profissional. Ética Médica.

KEYWORDS: Outsourcing. Hospital. Health Services. Employment relationship. Professional Freedom. Medical Ethics.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a terceirização de serviços no Brasil é tema recorrente nas discussões do mundo do trabalho, pautada de forma constante tanto por empregados quanto por empregadores.

A despeito desta ou daquela corrente política ideológica, é incontestável que a regulamentação a respeito do tema é quase que inexistente, baseando-se todo o Sistema Jurídico brasileiro apenas e tão somente

nas frágeis disposições da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho; cuja natureza jurídica e própria conceituação tornam a interpretação absolutamente frágil.

Este ensaio busca demonstrar, através do modelo dos estabelecimentos hospitalares, a dificuldade em situar o enquadramento na relação entre modalidade de prestação de serviços e atividade fim da empresa. A intenção de se situar o problema no setor saúde é meramente exemplificativa, pois todos os setores da economia enfrentam idêntico panorama de insegurança jurídica.

Fato é que as relações de trabalho na prestação de serviços de terceiros reclamam urgente intervenção legislativa, definindo com clareza em que atividades a terceirização é lícita – dando cabo da zona nebulosa que hoje se encontra na conceituação de atividade meio e atividade fim – e as responsabilidades do tomador e do prestador de serviços.

Regulamentação neste sentido, além de garantir os direitos dos trabalhadores de forma inequívoca, daria cabo à intermináveis discussões acerca do real destinatário da responsabilidade pelos créditos trabalhistas em demandas de terceirizados; garantindo estabilidade às relações de trabalho e segurança para investimentos, ambiente minimamente desejável ao desenvolvimento econômico.

1. A TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITUAÇÃO

Como analisamos no intróito, a terceirização carece de definição na legislação brasileira. Não há norma jurídica específica a dar norte à questão.

O regramento ordinário existente sequer trata da terceirização propriamente dita: são soluções de contratação interposta para necessidades específicas, como é o caso do trabalho temporário¹; contrato de empreitada², serviços de vigilância³ ou pelo trabalho cooperado⁴, que apresentam suas limitações e peculiaridades.

1 Lei 6.019/74.

2 Artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho.

3 Lei 7.102/1983.

4 Artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em que pese não se possa desconsiderar que por vezes o empresariado busque na terceirização a subcontratação de trabalhadores com condições de trabalho precarizadas, também não se pode olvidar o intuito especialista que a contratação de serviços de terceiros pode objetivar.

Como bem define Sergio Pinto Martins⁵, *o objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade, competitividade à empresa e também para vencer no mercado. Esta pretende, com a terceirização, a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência do numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento e também em novos produtos*”.

Do conceito de Martins pode-se extrair que, a despeito de eventual precarização ou fraude que possa se perpetrar na relação de trabalho, a terceirização pode sim ser utilizada para fins de competitividade e agilidade.

Em linhas gerais, significa dizer que a terceirização pode contribuir para a especialização no processo produtivo, trazendo ao mercado produtos e serviços de melhor qualidade; a medida que são executados em parceria com *players* que detém o melhor *know how* a contribuir na produção.

Na lição de Fernando Basto Ferraz⁶, *“para o tomador de serviços não importa a pessoalidade, mas o serviço. Não mais importa dirigir a prestação dos serviços, mas sim os resultados”*.

A figura do empregado propriamente dito passa a ser secundária, haja vista que este é uma das peças do processo produtivo. Ganha enfoque a relação comercial entre duas empresas – ou mesmo entre empresa e um trabalhador autônomo especializado, como a comum parceria médico/hospital – que visem produzir em parceria produtos diferenciados, potencializando esforços e conhecimento.

5 MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. – 12 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2012. (p.11)

6 FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho** – São Paulo: LTr, 2006.

Exemplo consagrado desta mentalidade é a indústria automobilística. Em verdade, os processos de fabricação de carros hoje nada mais são do que a concentração da linha de montagem de uma grande marca – em grande parte automatizada – de uma série de componentes produzidos por terceiros especializados. Determinada empresa produz os componentes plásticos, outra motores, terceira estofamentos, e daí em diante.

Do próprio exemplo mencionado no parágrafo anterior, já se verifica a dificuldade da delimitação do conceito consagrado no país pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – que será analisada em pormenores a seguir –, de que a terceirização é lícita em atividades meio da empresa.

Ora, o que é atividade meio em uma fábrica de automóveis? Haveria ilicitude na compra dos motores prontos de terceiros para instalação nos carros da montadora?

São dificuldades que a legislação atual não consegue transpor, o que indubitavelmente cria ambiente de incertezas e insegurança jurídica quando da contratação de serviços terceirizados.

2. A INSEGURANÇA JURÍDICA PARA A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

2.1. A SOLUÇÃO DO JUS ATIVISMO: REGRAMENTO TRAZIDO PELA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A ausência de regramento adequado – ou sequer de um regramento – para o trabalho terceirizado foi solucionada, em parte, pela edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho; única fonte de interpretação no Direito Brasileiro para se aferição da legalidade de contratações nesta modalidade.

“Solução” que deve ser vista com ressalvas, haja vista não se tratar de fruto do processo legislativo ordinário e democrático, e sim sujeita à mudanças de acordo com a evolução de entendimento dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho.

O *jus ativismo*, ou a criação de normativa através de orientação dos Tribunais Superiores, é fenômeno cada vez mais comum no Brasil, reflexo de um Poder Legislativo letárgico e pouco atuante em face aos interesses e necessidades da nação.

Eduardo Pastore, em recente artigo publicado no Diário Comércio Indústria & Serviços⁷, faz robusta crítica ao ambiente de absoluta incerteza que este tipo de fonte do direito acaba por causar:

Não existe lei que regule a terceirização, apenas um enunciado do TST, de número 331. E é justamente este enunciado que faz o papel de lei, sendo sempre citado pelos magistrados para identificar, inclusive, o que vem a ser a terceirização ilícita.

Faz papel de lei mas não é, sob o ponto de vista formal, visto que não originou do Poder Legislativo, mas sim no Judiciário. Se assim é, estamos diante de uma anomalia. O próprio Judiciário cria uma norma jurídica, com natureza de lei, e depois a interpreta como se lei fosse. E se acaso acontecer - o que seria muito mais delicado - de uma lei determinar algo e o Judiciário trabalhista, através de uma Orientação Jurisprudencial, venha a interpretar o seu sentido, mudando sua essência, justamente porque a entende de uma outra forma? Se houvesse uma atualização da CLT será que este fato garantiria a segurança jurídica que todos esperam no campo das relações de trabalho? O que causa mais insegurança: os artigos da CLT ou a interpretação pelos tribunais de mandamentos legais que, inclusive, nunca estiveram dentro da CLT?

Passada a crítica, nos voltemos ao regramento. A referida Súmula tem a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados

7 PASTORE, Eduardo. **Imbróglio trabalhista**. Diário Comércio Indústria e Serviços, 2013. Disponível em <http://www.dci.com.br/opiniaio/imbroglio-trabalhista-id346506.html>. Acesso em 19 de maio de 2013.

à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Das disposições do Enunciado, merecem destaque neste estudo especialmente os incisos II e III da Súmula, que esclarecem as modalidades de contratação que, sob a ótica do Tribunal Superior do Trabalho, seriam válidas para a terceirização.

A disposição do inciso I é exclusiva, visto que conceitua como ilegal a contratação por empresa interposta, salvo no contrato de trabalho temporário. Basicamente, o fundamento deste inciso é a Lei 6.019/74, já pormenorizada em nossa análise.

Em sequência, o inciso III exclui da formação de vínculo de emprego a contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza – cujo embasamento é a Lei 7.102/83, também já analisada. Passa, então, à autorização para a terceirização de “*serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta*”

2.2. DA DEFINIÇÃO DE ATIVIDADE MEIO E ATIVIDADE FIM

Incontestemente que o embasamento para auferição de legalidade na terceirização de serviços por meio de Súmula é por demais fragilizado. Ainda mais quando a referida súmula traz conceitos impregnados de subjetividade, como “atividade meio” e “atividade fim”.

A impropriedade da definição acerca da legalidade ou não das modalidades de terceirização por meio da edição de Súmula por si só se constitui falha, mas traria o mesmo problema se fosse replicada para o processo legislativo ordinário.

Tal afirmação justifica-se dada à grande dificuldade, na prática empresarial e até mesmo na defesa em processos judiciais, da definição concreta e restrita dos conceitos de atividade meio e atividade fim.

Alguns dispositivos nos socorrem nesta tentativa de definição, ainda que por analogia. A citar o artigo 580 da CLT, em seu parágrafo 2º, que entende *por* atividade preponderante (ou fim) *a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional.*

Com base nestes conceitos, as atividades meio seriam as que não se enquadrariam na definição de atividade preponderante.

Contudo, a prática nem sempre nos conduz à conclusões simplistas.

Já citamos o caso das montadoras de veículos, que compram seus motores de empresas especializadas e introduzem a peça em sua linha de montagem. Em que pese seja inimaginável um carro sem motor, não se verificam grandes discussões jurídicas acerca desta parceria comercial, em que pese nos pareça que a produção de motores é sim, atividade fim das fábricas de veículos.

Para demonstrar ainda mais a névoa que a ausência de regramento específico traz à questão da terceirização, vejamos a questão de forma mais específica através da análise dos serviços médicos e hospitalares.

2.3. ATIVIDADE FIM E ATIVIDADE MEIO EM HOSPITAIS

Nos últimos anos, se verificou avanço extraordinário de fiscalizações e Procedimentos Investigatórios onde a relação de parceria comercial entre profissionais autônomos de saúde e empresas do setor têm sido questionada, não raras as vezes com a imposição do reconhecimento de vínculo de emprego pela fiscalização do Ministério do Trabalho ou posteriormente, por sentença judicial.

A progressão das autuações e sentenças condenatórias se explica pela conjunção entre ausência de regulação e a dificuldade em se definir a atividade fim hospitalar, dada a complexidade dos serviços que compõe a atenção à saúde e a dificuldade em delimitá-los.

O senso comum diz que a prática de serviços médicos é atividade fim da instituição hospitalar, já que via de regra se procura o hospital para a cura de doenças e outras mazelas que acometem nosso organismo; cura esta que é instrumentalizada através da atuação do profissional médico.

Em contraponto, a disciplina da Receita Federal do Brasil⁸ conceitua serviços hospitalares como “*aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes*”.

A mesma Receita Federal do Brasil reconhece como válido o enquadramento na Classificação Nacional de Atividades Empresariais no CNAE 8660-7/00 “ATIVIDADES DE APOIO À GESTÃO DE SAÚDE”.

Qual é atividade fim, portanto, dos hospitais? A atenção à saúde ou o fornecimento de estrutura de apoio para que esta possa ser efetivada?

O que deve prevalecer, juridicamente? O senso comum ou a classificação oficial do fisco brasileiro?

Nesta mesma esteira de reflexão, seria válida a prestação de serviços autônomos por profissional médico no ambiente hospitalar?

Da mesma forma que a independência funcional não pode ser tomada como absoluta, presumir que toda e qualquer espécie de relação nestes moldes é fraudulenta é por demais temerário.

8 IN 791/07, artigo 27: *Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos.*

Coloca em vala comum maus administradores, que de fato burlam a lei e aqueles que optam – por direito - por um regime de trabalho mais avançado e produtivo do que o vínculo de emprego tradicional.

Dada a ausência de regulação clara no sistema, devemos nos ater à mínima norma jurídica, a classificação oficial da Receita Federal do Brasil. E considerando a possibilidade jurídica de enquadramento em serviços de apoio, quando estes se verificarem de fato, é plenamente possível a terceirização de serviços médicos.

Tal qual quando se vislumbrarem os requisitos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, o médico será ser empregado.

Como a caracterização dos elementos clássicos do vínculo de emprego (subordinação, dependência econômica e habitualidade) não requer grande lucubração, tragamos luz à validade dos contratos de prestação de serviços autônomos à luz da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Em que pese devam se considerar os riscos da ausência de regulação adequada, que pode gerar decisões dissonantes; uma vez verificada as regular constituição de serviços de apoio à atenção à saúde – dentre os quais, como verificamos, podem se enquadrar as instituições hospitalares; não há que se falar em terceirização ilícita.

Para ilustrar este posicionamento, analisemos a estrutura hospitalar à minúcia, como base do exercício da medicina. A atividade exercida pelo hospital apenas propicia o exercício da clínica pelos profissionais médicos com tranquilidade e segurança.

Propicia-se estrutura, não o serviço técnico propriamente dito. Não se impede que o proprietário do hospital faça uso da estrutura para ele próprio, médico, exercer ali seu ofício, ou que se contratem médicos para atenção de pacientes; mas tal modalidade não deve ser adotada como regra, tampouco ser considerada como realidade absoluta.

Em termos gerais, o suporte oferecido pelo Hospital é, de fato, o meio a possibilitar aos médicos a atenção plena e qualitativa à saúde dos seus pacientes.

Destarte, não há que se falar em infringência à Súmula 331 do C. TST pela simples contratação de médicos autônomos.

Outrossim, o cotidiano de uma relação comercial nos moldes aqui ilustrados encontra óbice para o reconhecimento do vínculo empregatício pelo próprio regramento do artigo 3º da CLT, eis que não se encontram preenchidos os requisitos basilares daquele Diploma que possam ensejar o reconhecimento do vínculo empregatício.

Não há pessoalidade. Como serviço de apoio, o Hospital pode funcionar também como central de marcação de consultas, cirurgias e outros atendimentos. Se impossibilitado do comparecimento no horário demandado pelos pacientes, o médico pode se fazer substituir por outro colega, sem objeção da administração da instituição de saúde.

Inexiste exclusividade. O odontólogo pode atender pacientes no ambiente do Hospital sem rotina pré determinada, de acordo com sua agenda de compromissos e disponibilidade.

Sublinhe-se que há também o princípio fundamental contido no artigo 7º do Código de Ética Médica⁹, que estabelece o livre arbítrio dos médicos em prestar serviços profissionais, coadunando-se com o princípio constitucional de liberdade em si e da liberdade profissional, qual seja, o artigo 5º, incisos II, XIII e XX.

Observe-se o Código de Ética Médica, no dispositivo referido:

“Art. 7º - Código Ética – Capítulo I – Princípios Fundamentais:

O Médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente”.

Necessário se faz ressaltar ainda que o Código de Ética Médica, em seu artigo 142, obriga o médico a “acatar e respeitar os Acórdãos e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.”

O hospital, através de seus serviços de hotelaria e apoio, possui leitos e setores específicos para acompanhamento dos doentes que ingressam através dos médicos que compõe o corpo clínico.

9 BRASIL. Conselho Federal de Medicina - **Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM n. 1.246/88** - publicada no D.O.U. de 26.01.1988.

Resta claro, portanto, que a independência funcional, autonomia, livre escolha e recusa ao trabalho indigno são princípios indissociáveis da profissão do médico.

Nesta esteira, é evidente que o modelo de trabalho adotado pelo estudo vai de encontro a estes fundamentos.

Gozando o profissional Médico de prerrogativas éticas a denunciar modalidade de trabalho; é evidente a viabilidade da parceria comercial. Outrossim, não pode se presumir que um profissional deste nível de formação pode se deixar levar por embustes.

É imperioso que haja a diferenciação pela sua formação intelectual e nível social.

A Justiça do Trabalho não tem sido complacente com profissionais de elevado gabarito técnico que, após o gozo de vantagens financeiras e tributárias conferidas apenas pelo trabalho autônomo; buscam guarida no Poder Judiciário buscando o reconhecimento de relação de emprego que jamais existiu, e conseqüentemente o injustificável enriquecimento ilícito.

Á guisa de exemplo, o E. Tribunal Regional da 9ª Região (PR) tem se posicionado de forma brilhante e responsável ao tratar a relação de trabalho de médicos e demais profissionais liberais em estabelecimentos de saúde, sendo guardião da autonomia inerente a estes indivíduos e rechaçando ações meramente oportunistas.

Poder-se-ia colacionar uma série de irretocáveis julgados, dentre os quais destacamos alguns dos mais relevantes:

TRT-PR-02-12-2011 MÉDICO - VÍNCULO DE EMPREGO - INEXISTÊNCIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - Clara a impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego para com a pessoa física do reclamante quando do teor da prova documental e oral evidencia-se, à saciedade, que nunca houve, de nenhuma das partes a intenção de formação deste ("animus contrahendi"). A prova documental e testemunhal confirma que a autora prestou serviços ao hospital da ré, inicialmente por meio de empresa em que tinha no seu quadro societário o marido da reclamante, tendo, posteriormente, constituído sua própria sociedade médica, sempre laborando com autonomia funcional e administrativa. A necessidade de observância das normas do hospital e do regimento interno do corpo clínico, do qual a autora fazia parte, dizem respeito à natureza

especial do serviço prestado, não configurando subordinação e, por consequência, não resulta em vínculo empregatício, mas trabalho autônomo de médica. Sentença que se mantém. (TRT-PR-00498-2007-004-09-00-1-ACO-49309-2011 - 4A. TURMA - Relator: SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS - Publicado no DEJT em 02-12-2011)

“TRT-PR-01-07-2011 DENTISTA - TRABALHO AUTÔNOMO - AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA. Elemento caracterizador, por excelência, do vínculo de emprego, a subordinação jurídica não se faz presente em situações como a dos autos, em que sequer dias e horários de trabalho eram escolhidos pela ré, demonstrando, ainda, todo o restante do contexto probatório, que o cumprimento do contrato ocorria com a independência própria dos profissionais chamados liberais. Nesse viés, não se pode afirmar que a ré impusesse preponderantemente seu poder de direção, controle e disciplina sobre os serviços prestados, de presença obrigatória nos vínculos empregatícios típicos. Não tendo havido, ainda, qualquer flagrante de locupletamento ilícito ou precarização dos direitos em afronta aos princípios e às normas constitucionais e legais que regem a matéria, não há como se reconhecer atendidos os requisitos do artigo 3º da CLT. Sentença mantida”. (TRT-PR-28724-2009-028-09-00-0-ACO-25415-2011 - 4A. TURMA - Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI - Publicado no DEJT em 01-07-2011)

“TRT-PR-27-11-2009 DENTISTA. CLÍNICA ODONTOLÓGICA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. AUTONOMIA. Dentista que não trabalhava em favor do empreendimento da reclamada, que era uma clínica odontológica, mas realizava sua atividade em seu próprio benefício, participando de reuniões nas quais eram decididos os valores a serem cobrados dos clientes, recebendo participação expressiva dos montantes que eram pagos por eles em relação aos procedimentos e consultas realizadas, possuindo autonomia para escolher seus horários, tudo isso agregado ao fato de que quando saiu da ré levou para seu consultório particular uma boa quantidade de clientes, não tem vínculo empregatício configurado, porquanto o grau de autonomia de que o reclamante gozava era incompatível com a subordinação jurídica, requisito essencial para o reconhecimento do liame ora mencionado. Inteligência dos arts. 2º e 3º da CLT. Recurso da parte autora a que se nega provimento”. (TRT-PR-27796-2008-009-09-00-1-ACO-40786 -2009 - 3A. TURMA - Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO - Publicado no DJPR em 27-11-2009)

Inclusive, mister se faz destacar que a própria jurisprudência cível, especialmente o Excelso Superior Tribunal de Justiça, já faz a distinção entre o ato do profissional liberal de saúde e o serviço de apoio, executado pelo estabelecimento de saúde. Vejamos recente julgado que corrobora com este entendimento:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a *responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva*, indicando o *parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital.* Nas hipóteses de *dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico*, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, *não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.* 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao *emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional*, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, *não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico*, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, *deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.* 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. **Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. (REsp 908.359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008)** (grifa-se)

Deve-se ter a clareza de que o serviço executado pelo profissional de saúde é complementado pela qualidade do suporte. Ambos caminham em consonância, em regime de cooperação, e não de exploração.

Isto posto, tem-se por caracterizada a legalidade plena da relação mantida entre as partes, sendo plenamente possível se estabelecer parceria comercial entre profissionais autônomos sem caracterização de vínculo empregatício.

REFERÊNCIAS

PRUNES, José L. Ferreira. **Direito do Trabalho para Médicos e Dentistas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1975.

BORBA. Valdir Ribeiro. **Administração Hospitalar: Princípios Básicos**. São Paulo: CEDAS – Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1985.

MENDONÇA, Maria Helena. **Conhecendo o Sistema Único de Saúde**. Curitiba: FEHOSPAR, 1999.

WIERZCHON, Patricia Maria. “ **O ensino médico no Brasil está mudando?**” :transpondo desafios para concretizar mudanças = **Is medical education changing in Brazil? Overcoming Challenges in order to Achieve changes**. Revista brasileira de educação médica, Rio de Janeiro , v. 26, n. 1 , p. 62-66, Jan./Abr. 2002.

SILVA FILHO, João Ferreira da. **A formação médica : processo de ensino, saber e prática profissional**. Jornal Brasileiro de Psiquiatria, v. 32, n. 4, p.225-234, jul./ago., 1983.

MORINIGO, Fábio Cupertino. **A inquietude do trabalho médico : 50 anos - HSE**. Rio de Janeiro: AACEA, 1997. 318 p.1997

SÁ, Manoel R. Castro. **A modernidade desencantada, a crise da medicina e o imaginário institucional**. Revista Brasileira de Educação Médica, Rio de Janeiro , v. 24, n. 3 , p. 46-52, Out./Dez. 2000.

ROSA, Carlos Alberto Pessoa. **A morte e o ensino médico.** Revista Brasileira de Educação Médica, Rio de Janeiro , v. 23, n. 2/3 , p. 52-67, Maio/Dez. 1999.

RIBAS, Eliana Ribeiro de Souza; PISTELLI, José Luiz; KANNER, Richard. **A saúde do hospital, do médico e do sistema hospitalar.** Revista Brasileira de Clínica e Terapêutica, São Paulo v. 27, n. 2, p. 47 , mar. 2001.

MEZZAROBBA, Leda. **Avaliação educacional na área da saúde.** Revista Brasileira de Educação Médica, Rio de Janeiro , v. 20, n. 2/3 , p.27--31, Mai./Dez. 1996.

WIERZCHON, Patricia Maria. **Como abrir caminho para a transformação do ensino médico : vivendo a realidade da mudança.** Revista brasileira de educação médica, Rio de Janeiro , v. 23, n. 2/3 , p. 27-31, Maio/Dez. 1999.

LAMPERT, Jadete Barbosa. **Currículo de graduação e o contexto da formação do médico = The undergraduate curriculum and context of medical training.** Revista Brasileira de Educação Médica, Rio de Janeiro , v. 25, n. 1 , p. 7-19, Jan./Abr. 2001.

VIEIRA, Joaquim Edson. **Definição de necessidades sociais para o ensino médico= The definition of social needs according to medical education.** Revista brasileira de educação médica, Rio de Janeiro , v. 27, n. 2 , p. 153-157, Mai./Ago. 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico.** 6. ed., rev. e aum. São Paulo: Byk, 1998. 599 p.

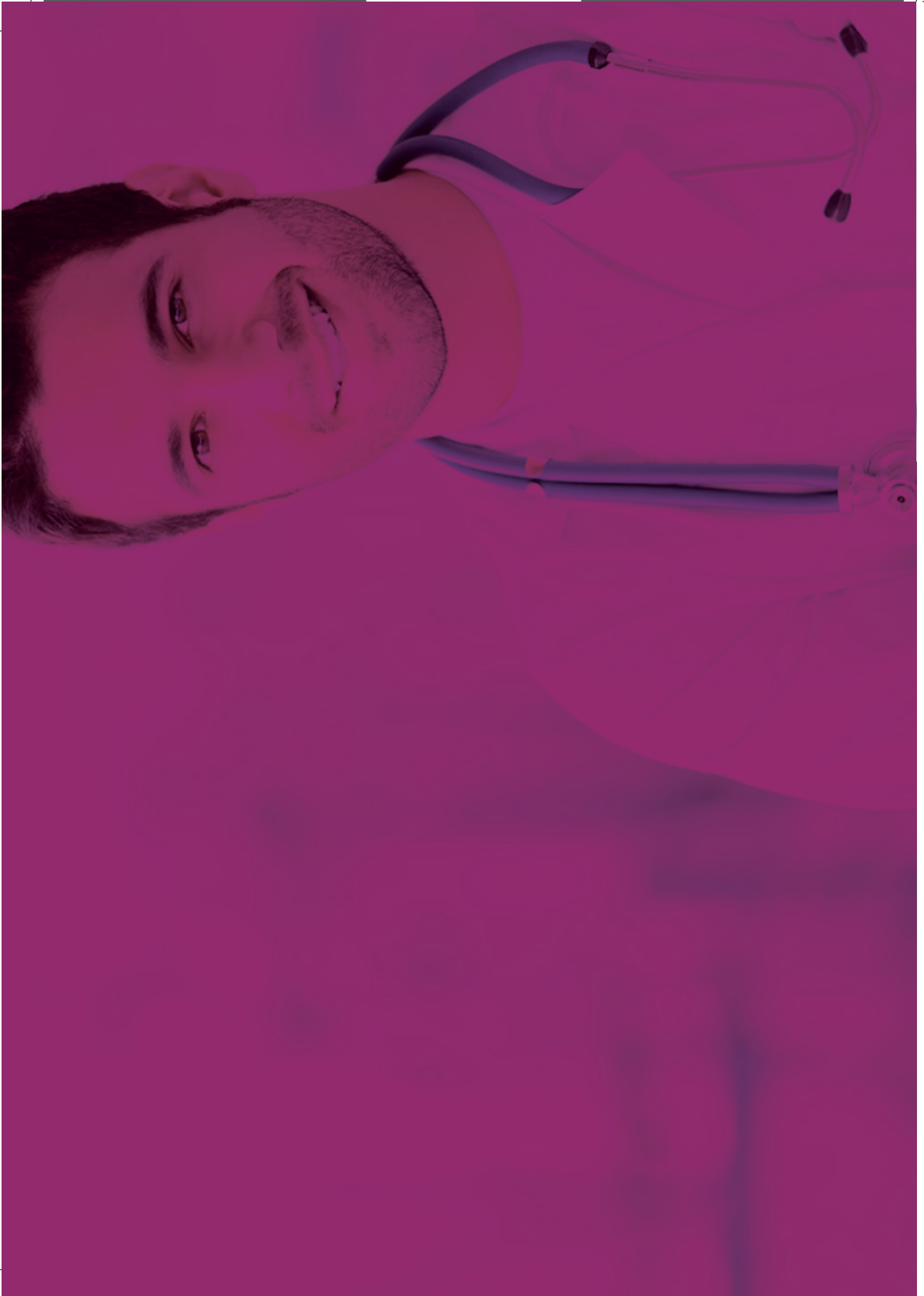
BULCÃO, Lúcia Grando. **O Ensino médico e os novos cenários de ensino-aprendizagem= Medical education and new scenarios for teaching/learning.** Revista brasileira de educação médica, Rio de Janeiro , v. 28, n. 1 , p. 61-72, Jan./Abr. 2004.

CARNEIRO, Mauro Brandão; GOUVEIA, Valdiney Veloso; ARAÚJO, Edevard José de. **O médico e o seu trabalho: resultados da Região Sul e seus estados.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2005. 143 p.

DIAS, Maria Antônia de Andrade. **O Mundo da Saúde de out/dez 2003, ano 27, n.4, p. 609-611.**

CENTA, Bruno Milano. **O trabalho do médico.** Curitiba : PUCPR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito do Trabalho, 2008.

CENTA, Bruno Milano. MELLO, Phillipe Fabrício. Constituição Jurídica das Sociedades para o fim de prestação de serviços de saúde – A parceria Comercial em contraponto ao vínculo de emprego **Coletânea Direito e Saúde 2012**; Confederação Nacional de Saúde (CNS)/ Organizado por Alexandre Venzon Zanetti – Porto Alegre: Instituto de Administração Hospitalar e Ciências da Saúde, 2012.





ALTA MÉDICA A PEDIDO DO PACIENTE: REFLEXÕES JURÍDICAS



Vanessa Assis Baruffi

Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada pela Unicuritiba (Faculdade de Direito de Curitiba). Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos da Personalidade. 2.1 Direito à Integridade Física. 3. Alta Médica a Pedido. 3.1 Iminente Perigo de Vida. 4. Responsabilidade Jurídica. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: O artigo tem por escopo apurar quais são as consequências jurídicas acerca da chamada alta médica a pedido do paciente. Pretende ainda, discorrer sobre os direitos da personalidade, bem como conceituar e explicar o conflito de interesses envolvendo a referida alta. No mais, o enfoque final é no aspecto da responsabilidade

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013



jurídica não obstante esta ser abordada também ao longo do trabalho de forma esparsa. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados. Além disso, ocorreu a utilização de vasta pesquisa documental envolvendo os Conselhos Regionais de Medicina.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Responsabilidade médica. Alta a pedido. Alta médica a pedido.

1. INTRODUÇÃO

O médico é um ser humano dotado de imperfeições e sujeito a errar. Ocorre, todavia, que os erros deste profissional atingem o direito da personalidade mais caro às pessoas, qual seja, o direito à integridade física nas suas diversas vertentes.

E com a deficiência na formação de certos profissionais aliada aos avanços tecnológicos que possibilitam aos indivíduos se informarem acerca de suas enfermidades, bem como a exaltação do paciente como uma pessoa dotada de direitos, passa a haver uma situação peculiar.

De um lado, há o médico, que julga que a medida correta a ser tomada é internar o paciente e, de outro, há o próprio enfermo, que solicita ao profissional que lhe seja concedida alta.

O presente artigo visa justamente discutir o supramencionado conflito mediante uma análise jurídica acerca da alta médica a pedido, inclusive com a citação de consultas e alguns pareceres emitidos pelos conselheiros e profissionais dos Conselhos Regionais de Medicina do País.

Insta salientar, contudo, que o objetivo não é esgotar o tema. Assim, a presente análise envolverá tão somente a alta médica solicitada por adultos com capacidade plena para, inclusive, se autodeterminar.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade regulados no Código Civil possuem como base precípua o princípio da dignidade da pessoa humana¹ e, alguns deles, estão previstos também na Constituição Federal como sendo direitos fundamentais, a exemplo do direito à vida.

Referidos direitos fundamentais devem ser vistos não somente de forma *lato sensu*, como diretrizes à interpretação de todo o sistema haja vista a unicidade do Direito, mas também de modo *stricto sensu* na medida em que são uma proteção do indivíduo perante o Estado.

A previsão de alguns destes direitos constitucionais sob o manto dos direitos personalíssimos serve para reforçar sua aplicabilidade também nas relações envolvendo particulares, os quais podem se defender de eventuais arbitrariedades cometidas por outros indivíduos.

A diferença, portanto, entre os direitos fundamentais e os direitos personalíssimos é basicamente o enfoque preponderantemente privado ou público na interpretação, aplicação e defesa dos mesmos.

O advento do Código Civil de 2002 possibilitou a maior proteção dessa essência individual em consonância com as disposições da Constituição Federal de 1988 e em detrimento do cunho substancialmente patrimonialista do Código Civil de 1916.

Com efeito, o Capítulo II, Título I, Livro I, da Parte Geral do Novo Código Civil dispõe expressamente acerca dos chamados direitos da personalidade. Estes podem ser conceituados como sendo “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos, e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”². Pode-se dizer que são referentes precipuamente às relações existenciais no campo das relações privadas.

Como características de tais direitos, comumente a doutrina declina que são, a princípio, absolutos (devem ser respeitados por todos); extrapatrimoniais (imensuráveis economicamente/financeiramente); intransmissíveis (inerentes à pessoa não se transmitindo); imprescritíveis (podem ser exercidos a qualquer tempo); indisponíveis (dos quais

1 Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 135.

o titular não pode se privar); gerais (concedidos a todas as pessoas); necessários (inerentes à vida).

Em especial, para o estudo do presente tema posto a deslinde, cumpre salientar as características da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, sobre as quais, em apartada síntese, expõe Carlos Roberto GONÇALVES:

Intransmissibilidade e irrenunciabilidade – Essas características [...] acarretam a indisponibilidade dos direitos da personalidade. Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis.³

Com efeito, o artigo 11 do Código Civil prevê expressamente que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”⁴.

Depreende-se de referido artigo que a norma é flexível, uma vez que prevê casos de exceções nas qualidades referentes aos direitos da personalidade, não obstante as características regulares já mencionadas.

Assim, conforme destaca Elimar SZANIAWSKI,

existem exceções, surgindo o direito à disponibilidade relativa pelo seu titular, ou quando o direito de personalidade deverá ceder frente a outro direito fundamental, ou se estiver diante de um interesse público ou social preponderante, como, por exemplo, as hipóteses de vacinação obrigatória.⁵

Corroborando o entendimento doutrinário, há o Enunciado 4 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação geral do Ministro Milton Pereira, que prevê

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 186.

4 BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26.08.2012.

5 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 180.

que “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”⁶.

Além disso, concedendo interpretação extensiva ao disposto no artigo 11 do Código Civil, há o Enunciado 139 da III Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”⁷.

Não obstante a aparente contradição entre o disposto no artigo 11 do Código Civil e os mencionados enunciados, verifica-se que as limitações previstas nos enunciados, na verdade, devem ser interpretadas não em referência ao direito personalíssimo como um todo, mas sim em relação a alguns dos seus poderes.

Explicando tal aferição, pode-se dizer que cada um dos direitos se manifesta sob várias vertentes, motivo pelo qual o exercício de algumas delas pode sofrer limitações, mitigando as características gerais aplicáveis àquele direito como um todo.

2.1. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

Com base nas premissas estabelecidas até o momento, passa-se a análise, em especial, do direito à integridade física, o qual pode ser subdividido em: direito à vida, direito à integridade corporal e direito à saúde.⁸

A proteção de referido direito vem expressa no texto legal do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal⁹, o qual pode ser visto como uma cláusula geral de proteção da vida.

6 BRASIL. Enunciados aprovados. – I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 26.08.2012.

7 BRASIL. Enunciados aprovados – III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 04.09.2012.

8 SZANIAWSKI, op. cit., p. 467.

9 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05.09.2012.)

Aliás, há a proteção da integridade física mesmo contra atos do próprio detentor do direito, conforme o art. 13 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Deve-se ressaltar que “a expressão exigência médica, contida no CC 13, refere-se tanto ao bem estar físico quanto ao bem estar psíquico do disponente”.¹⁰

E a guarida está presente também em outras normas que buscam a proteção do direito em relação a atos de terceiros.

Um deles é o artigo 15 do Código Civil que prevê que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Portanto, a integridade física é protegida em relação aos atos do Estado (art. 5º, *caput*, da CF), do próprio indivíduo (art. 13 do CC) e de terceiros (art. 15 do CC).

E considerando todas as características já citadas dos direitos da personalidade, resta saber se o paciente pode recusar o tratamento e quais as consequências jurídicas se o profissional acatar tal pedido.

3. ALTA MÉDICA A PEDIDO

A polêmica atual, principalmente entre os profissionais médicos, gira em torno da recusa de tratamento do paciente com o consequente requerimento de alta médica.

No presente artigo será analisada a alta solicitada somente por pessoas maiores de dezoito anos com capacidade plena para, inclusive, se autodeterminar.

Importante destacar, a princípio, que o Código de Ética Médica não é considerado lei em sentido estrito:

10 BRASIL. Enunciados aprovados. – I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 26.08.2012.

[...] pois não advém de órgão que denota a soberania do povo. Então, não se pode, como fundamento-mor, pretender indenização civil baseando-se em norma do Código de Ética Médica ou outra resolução dessa natureza. As normas destas resoluções só valerão para regulamentar a responsabilidade administrativa dos médicos, e também servirão de apoio para o intérprete, como o magistrado, para chegar à conclusão se uma conduta médica se poderia caracterizar como escorregia ou não.¹¹

Todavia, embora não possua força de lei em sentido estrito, o Código de Ética Médica deve ser sempre respeitado e observado pelo profissional da medicina, conforme entendimento jurisprudencial¹².

E a partir da aplicação do Código de Ética Médica, ingressa-se no campo do hoje denominado Biodireito, por meio do qual o âmbito jurídico passa a se socorrer da concepção ética envolvendo as atitudes entre médico e paciente.

Há basicamente o encontro da ética com a biomedicina formando a bioética com normas que são consideradas de suma importância caracterizando o biodireito, conforme expõe Gualter de Souza ANDRADE JUNIOR:

Finalmente, quando, no plano das normas sociais, há o encontro da Ética, que tem como subconjunto a Moral, com elementos da Biomedicina, surge uma nova área do conhecimento, que é a bioética. Portanto,

11 ANDRADE JUNIOR, Gualter de Souza. O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 249

12 ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE MEDICINA. FISCALIZAÇÃO. REGRAS DE ÉTICA MÉDICA. PENALIZAÇÃO DE DIRETOR-TÉCNICO MÉDICO DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. 1. É médico, com o fito de aplicação dos deveres éticos e sanções por seu descumprimento, tanto o que exerce diretamente as atividades próprias da profissão, como o que ocupa cargo ou função dela privativa. 2. Pode o Conselho Regional de Medicina aplicar penalidade ao médico diretor-técnico de Plano de Saúde por violação a normas constantes de resoluções e atos normativos que regulamentam a profissão, o que não conflita com as atribuições da Agência Nacional de Saúde – ANS. 3. Incumbe a todo médico cumprir e fazer cumprir o Código de Ética Médica e as Resoluções emanadas dos Conselhos que regulam e fiscalizam a profissão. 4. É inadmissível, sobretudo em época de (re) valorização da deontologia e dos valores éticos dos profissionais dedicados à saúde, que médico, no exercício de atividade direta ou indiretamente associada à Medicina, se esconda por trás do biombo de pessoas jurídicas para se furtar à disciplina desses Conselhos. 5. Assim, para uma mesma situação hipotética, a ANS tem poder fiscalizatório sobre a operadora do Plano de Saúde (pessoa jurídica) e, simultaneamente, o Conselho de Medicina conta com atribuição para julgar a conduta ética do diretor-técnico médico. São órbitas ético-jurídicas distintas, tanto para fiscalização como para imposição de sanções. 6. Recurso Especial não provido. (REsp 1016636/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 26/08/2010)

é a Bioética um ramo da Ética, quando se estuda o fato relacionado à Biomedicina e será o bem o valor nuclear a dar conteúdo às normas pertinentes a esse fato. Todavia, se as normas éticas forem eleitas pelo legislador, como de suma relevância para os fins desejados pelo mesmo, serão estas normas válidas, no que se diz respeito ao Direito, surgindo, então o Biodireito. Nesse sentido, o Biodireito será um ramo do Direito, mas abrangerá a Bioética.¹³

Dentro do campo do Biodireito, há intenso debate sobre o consentimento informado, o qual é considerado a manifestação precípua do princípio da autonomia, nos dizeres de Maria Helena DINIZ:

Manifestação desse princípio da autonomia do paciente é o consentimento livre e esclarecido enquanto ato de decisão voluntária, baseado numa informação médica, revelada de modo claro, simples, preciso, honesto e inteligível ao relatar: o diagnóstico, com esclarecimentos colaterais do tratamento; a terapia mais adequada a ser seguida, especificando seus objetivos, sua duração, suas consequências e seus benefícios; o plano do médico quanto ao atendimento posterior ao tratamento; os cuidados especiais que forem necessários; a previsão de alta; as consequências da não-aceitação de um tratamento e da ingestão de um remédio; a cirurgia a ser efetuada; os possíveis riscos e alternativas das práticas médicas [...].¹⁴

Em suma, o consentimento informado é a autorização concedida pelo paciente para a prática do ato médico, “uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro”¹⁵, nos dizeres de Miguel KFOURI NETO.

Aliás, registre-se que a jurisprudência do País reconhece e salienta a importância do consentimento informado na relação médico-paciente.¹⁶

13 ANDRADE JUNIOR, op. cit., p. 235.

14 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 535.

15 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 281.

16 Exemplificativamente: APELAÇÃO CIVIL. CIRURGIA ARTROSCÓPICA DE JOELHO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO DO PACIENTE SOBRE AS POSSÍVEIS SEQUELAS DO ATO CIRÚRGICO. LESÃO DO NERVO FIBULAR. COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL PELOS ATOS DO SEU PREPOSTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. 1. O consentimento ao tratamento médico constitui uma manifestação de liberdade e autonomia, sendo indispensável para quaisquer tipos de intervenções médicas ou cirúrgicas. Agindo de outra maneira, o profissional da área médica incide na falta do dever de prestar informação, o que também gera responsabilidade. 2. Não se encontra no conjunto probatório dos autos qualquer tipo de autorização demonstrando a ciência do paciente com relação

Com efeito, a princípio, a anuência é necessária para a realização de qualquer tratamento médico. Tal conclusão é reforçada pelo disposto no artigo 15 do Código Civil, já mencionado, que prevê que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Miguel KFOURI NETO leciona que o consentimento deve ser escrito e, quando verbal, testemunhado, a fim de que haja prova, sendo que “quanto mais complexo ou arriscado o ato, maiores cuidados deverão ser adotados, para se documentar a aquiescência do paciente”.¹⁷

No consentimento informado, pressupõe-se, na maioria das vezes a concordância envolvendo médico e paciente, ou seja, ambos chegam a um acordo sobre as medidas a serem tomadas.

A polêmica, contudo, reside nas situações em que o paciente solicita a alta, a qual, no entanto, o médico não concedeu por entender que não é a medida correta a ser tomada naquele momento. Há aqui um conflito de interesses entre o que quer o paciente e o que o médico julga ser a conduta pertinente ao caso.

O referido problema envolve diretamente os princípios da autonomia – em razão do qual o paciente é visto não como mero contratante dos serviços médicos, mas como verdadeiro sujeito de direito e detentor do poder de escolha - e da beneficência – que estabelece o dever do médico de “fazer o bem” - amplamente discutidos no biodireito.

Isto porque há uma situação peculiar envolvendo os direitos de personalidade do paciente, em especial a liberdade de escolha exercível,

aos ricos do ato cirúrgico. 3. A realização de cirurgia, sem a anterior informação detalhada ao paciente, configura desrespeito à capacidade de discernimento e de decisão sobre a aceitação ou não do procedimento a ser adotado, posto que não competia ao médico realizá-la sem prévio esclarecimento e autorização. 4. O hospital responde objetiva e solidariamente pelos atos dos seus prepostos, que, in casu, verifica-se pela falta de informações e esclarecimentos dados ao paciente sobre o ato cirúrgico. (TJPR - 8ª C.Cível - AC 900743-8 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - J. 19.07.2012)

O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu o consentimento informado *ex vi* arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/2002 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu artigo 15. (TJRJ, Ap. n. 2006.001.13957, rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 17.10.2006)

17 KFOURI NETO, op. cit., p. 300.

a priori, por meio do consentimento informado, e a própria formação do profissional, que tenta preservar, ao máximo, a integridade física do enfermo.

Assim, existem momentos nos quais o médico fica diante da situação em que são colocadas em análise questões inerentes à sua formação.

O inciso II do Capítulo I do Código de Ética Médica prevê que

O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional". O inciso II do Capítulo II rege que é direito do médico "Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente."¹⁸

O paciente, a seu turno, pretende fazer uso do que se denomina de autonomia privada.

Cumpra ressaltar que, de acordo com a Padronização da Nomenclatura Censo Hospitalar, alta médica é:

Ato médico que determina a finalização da modalidade de assistência que vinha sendo prestada ao paciente, ou seja, a finalização da internação hospitalar. O paciente pode receber alta curado, melhorado ou com seu estado de saúde inalterado. O paciente poderá, caso necessário, passar a receber outra modalidade de assistência, seja no mesmo estabelecimento, em outro ou no próprio domicílio.¹⁹

Tal exclusividade pode ser compreendida sob o prisma de que o direito à vida da pessoa é personalíssimo e, portanto, goza da característica de ser absoluto, motivo pelo qual o médico é o profissional mais habilitado para avaliar tecnicamente se a alta ocasionará ou não lesão à integridade física da pessoa.

Referida exclusividade, aliás, foi destacada na Consulta 69.540/01 de Relatoria do Conselheiro Henrique Carlos Gonçalves, na qual se lê

18 BRASIL. Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 23.09.2012.

19 BRASIL. Padronização da Nomenclatura Censo Hospitalar. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/padronizacao_censo.pdf>. Acesso em: 29.09.2012.

que “A alta médica hospitalar é um ato médico exclusivo da profissão. Desta feita, não pode ser delegada”²⁰.

Nas situações em que o paciente solicita a alta ao médico, quando concedida em contrariedade com a pretensão do profissional de manutenção do internamento, passou a ser chamada de alta médica a pedido ou, simplesmente, alta a pedido.

3.1. IMINENTE PERIGO DE VIDA

Posto isso, cumpre destacar que ao ser solicitada a alta, o médico deverá avaliar, em primeiro lugar, a existência ou não de iminente perigo de vida, sendo este um condicionante para a concessão do pedido:

Entretanto, em caso de iminente perigo à vida do paciente, o médico pode se recusar a conceder a alta a pedido. Essa é uma exceção prevista no Código de Ética Médica (Art. 56) para que o médico possa intervir contrariamente à vontade do paciente, em situações de “iminente risco à vida”. Portanto, é a gravidade ou a iminência de perigo à vida que deve condicionar a aceitação ou recusa da alta a pedido.²¹

Tal condição é decorrente da ponderação envolvendo princípios constitucionais, uma vez que a Constituição Federal prevê a proteção da vida e da liberdade.

Dessa forma, em casos de iminente perigo à vida, esta última prevalece em relação à liberdade do paciente de fazer outras escolhas, uma vez que sem vida, sequer a liberdade pode ser exercida.

Caso exista referido perigo, mesmo que o paciente solicite a alta, o art. 31, parte final, do Código de Ética Médica prevê que não poderá ser concedida: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”²².

20 Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/69540_01.php>. Acesso em: 13.09.2012.

21 BRASIL. Manual de Ética em Ginecologia e Obstetrícia. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=60>. Acesso em: 13.09.2012.

22 BRASIL. Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 23.09.2012.

O raciocínio supracitado encontra respaldo também nas já mencionadas características dos direitos da personalidade, bem como no art. 135²³ e art. 146, §3º, inciso I²⁴, ambos do Código Penal.

Sobre o termo “imminente” especificadamente, registre-se a lição de Eugenio Raul ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI na análise da legítima defesa:

[...] e é iminente, quando ainda não começou, mas está prestes a ocorrer. O requisito da iminência é coerente se por tal se entende que o agressor pode levá-la a cabo quando quiser, porque é inequívoca sua vontade de fazê-lo e já dispõe dos meios para isto [...] ²⁵

Depreende-se do citado trecho que, caso o médico verifique que o perigo de vida está prestes a ocorrer, sendo que a possibilidade da mácula da integridade física acontecerá a qualquer momento porque são latentes os sintomas e decorrências lógicas do estado do enfermo, poderá inequivocadamente negar a alta.

Resta saber, ainda, qual a conduta juridicamente adequada nos casos em que não há o iminente perigo de vida e a alta é solicitada pelo paciente.

23 “Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.”

24 “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

[...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”

(Cf. BRASIL. Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 13.09.2012.)

25 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 501.

4. RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Na maioria das vezes o consentimento informado acaba sendo oriundo de um consenso de interesses envolvendo o médico e o paciente. Entretanto, mesmo nos casos em que há conflito envolvendo o profissional e o enfermo, referido consentimento é essencial para que haja alguma possibilidade de ser concedida a alta médica a pedido. Ora, não se pode dizer que o paciente possui plena capacidade de exercer sua autonomia privada se não tem um mínimo de informação sobre os perigos e benefícios da atitude que está tomando.

Ademais, o hospital não pode ser visto como um presídio e nem o paciente como um refém do médico. O enfermo tem o direito de requerer alta exercendo sua autonomia privada, a qual deverá, caso não se trate de iminente perigo de vida, ser respeitada.

Com efeito, o art. 7^a, inciso III, da Lei n.º 8.080/90²⁶, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, prevê:

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

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

No próprio Código de Ética Médica há destaque sobre o respeito pela autonomia privada do paciente:

O *Novo Código de Ética Médica*, Resolução CFM 1931, de 24 de setembro de 2009, que vigora desde março de 2010 tem a pretensão de adaptar as normas éticas aos preceitos e valores constitucionais vigentes, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tanto que, em suas considerações iniciais, estabelece-se “que as normas do *Código de Ética Médica* devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes⁷⁵”. Tal submissão reconhece o Direito Fundamental de Liberdade da pessoa em suas relações com o profissional de saúde,

26 BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 15.09.2012.

consagrando o direito à autonomia e à autodeterminação da pessoa em suas relações com aquele profissional. Também estabelece um capítulo para tratar dos princípios fundamentais, entre os quais os que normatizam que: a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano; que buscará sempre o benefício do ser humano; e enfoca a necessidade de proteção da pessoa em sua integralidade (considerada sobre a vertente psicofísica e moral) e dignidade.²⁷

Conforme o Processo Consulta nº. 7.299/99 do Conselho Federal de Medicina de Relatoria do Conselheiro Oliveiros Guanais de Aguiar, “O ser humano deve ser o árbitro de sua própria vida ou, pelo menos, deve dela dispor, nos limites impostos pelas leis e pelas teias das relações sociais”.²⁸

E o artigo 24 do Código de Ética Médica apresenta a vedação ao médico de “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.²⁹ Esta regra é ainda mais específica do que a prevista no artigo 22 do Código de Ética Médica: “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

A respeito do supramencionado artigo, Nelson Nery Junior:

“ Nesse sentido, o médico está autorizado a proceder com tratamento que julgar mais adequado para tratar o enfermo, quando este não se opuser ou nada objetar ao que lhe for oferecido. Entretanto, se houver manifestação de vontade *contrária* do paciente, essa recusa não pode ser ignorada pelo médico, sob pena de ser violado o direito fundamental de liberdade do cidadão (além de incorrer no tipo penal do CP, 146).

Desse modo, o art. 22 do Código de Ética Médica deve ser interpretado conforme a CF, art. 5º, *caput* e VI. Por consequência, diante da concordância do paciente ou se não houver objeção, poderá o médico escolher o tratamento que julgar mais adequado ao paciente. Entretanto, se houver objeção do paciente [...] o médico deverá respeitar a vontade dele,

27 BRASIL. Disponível em: <http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/65620_7415.PDF>. Acesso em: 15.09.2012.

28 AGUIAR, Oliveiros Guanais. Parecer nº. 7.299/99. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/7299_99.php>. Acesso em 23.09.2012.

29 BRASIL. Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20659:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-iv-direitos-humanos&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 24.09.2012.

sob pena de configuração de ilícito penal e infringir o consentimento informado [...]»³⁰.

O respeito pela autonomia privada do paciente está previsto também em outras legislações infraconstitucionais.

Com efeito, o artigo 17 do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/03) prevê o direito de opção pelo tratamento: “Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”³¹.

Além disso, o artigo 10 da Lei dos Transplantes (Lei nº. 9.434/97) rege sobre a necessidade do consentimento do paciente para a prática médica: “O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento”³².

Ademais, considerando que com a internação o paciente estará sujeito ao tratamento preconizado pelo médico, imprescindível que este anua com sua permanência no ambiente de tratamento, sob pena do profissional responder por constrangimento ilegal.

Isto porque a conduta considerada atípica de acordo com o artigo 146, § 3º, inciso I, do Código Penal é a praticada pelo médico quando o paciente se encontra em iminente perigo de vida.

Interpretando-se a norma a *contrario sensu*, verifica-se, portanto, que há possibilidade de responsabilização penal do médico caso realize procedimentos sem a anuência do enfermo.

Conforme consta no Parecer nº. 34/2010 do Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará (de Relatoria de Antônio de Pádua de Farias Moreira e Patrícia Maria de Castro Teixeira): “Assim, segundo a norma legal, o médico deve atender ao desejo do paciente, com o devido

30 NERY JUNIOR, Nelson. **Parecer:** Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais. 22.09.2009. p. 35.

31 BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm>. Acesso em: 24.09.2012.

32 BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 24.09.2012.

esclarecimento e informação necessária, exceto quando ocorrer perigo de vida”³³.

De acordo com Gualter de Souza ANDRADE JUNIOR: “Em termos de regras jurídicas, haverá possibilidade de indenização, em caso de imposição de tratamento, o art. 146, §3º, II, e a Resolução n. 1.021/80 do CFM a autoriza”³⁴.

Na vertente civilista, a responsabilidade do médico deve ser analisada também com enfoque na lei, devendo ser destacada a autonomia da vontade inerente às relações contratuais, segundo ponderam Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de SÁ:

No âmbito jurídico não é verdadeiro afirmar que a relação contratual e diferente das demais relações contratuais porque permeada por valores éticos, extraídos do Código de Ética Médica e expostos como metajurídicos. Não é só o contrato de prestação de serviços médicos que é permeado por valores éticos, todos os contratos o são. Entretanto, não são quaisquer valores e não são valores metajurídicos. A relação contratual em foco, como qualquer outra, é informada pelos princípios da boa-fé contratual, da justiça contratual e da autonomia da vontade.³⁵

Gualter de Souza ANDRADE JUNIOR, por seu turno, destaca que a responsabilidade do médico é subjetiva:

Por sua vez, qual é o objeto da prestação da referida relação? É uma obrigação jurídica de usar de toda prudência e diligência, visando tutelar a saúde do paciente. Em outros termos, é não agir com imprudência, imperícia e negligência. Então, a maneira de se apurar o cumprimento do contrato, pelo médico, será subjetiva, dependerá do *animus* do sujeito profissional da área de saúde. Afinal, a responsabilidade, nesse caso, não é aquiliana, mas tem com esta em comum os critérios para se apurar a responsabilidade por prática biomédica, no que tange a seu aspecto jurídico. Destarte, se a responsabilidade não é aquiliana, então não advém de um delito ou quase delito, conforme a sistemática francesa, ou seja, dolo, ou da negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, não é

33 MOREIRA, Antonio de Pádua de Farias; TEIXEIRA, Patrícia Maria de Castro. Parecer nº. 34/2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmce/pareceres/2010/34_2010.htm>. Acesso em: 15.09.2012.

34 ANDRADE JUNIOR, op. cit., p. 245.

35 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 113.

o art. 159 do Código Civil de 1916 nem os arts. 186 e 927 do novo Código (a partir de 2003) que regulamentam diretamente a responsabilidade do fato biomédico, no que concerne à responsabilização civil. Ao contrário, são, mormente, os dispositivos legais, atinentes aos contratos em geral e à prestação de serviço não sujeita à legislação trabalhista ou lei específica.³⁶

Dessa forma, sendo subjetiva, para configuração de responsabilidade do médico, imprescindível a demonstração de dano, culpa e nexo de causalidade. Conforme Fernando Gomes Correia Lima, estes três elementos fundamentam a responsabilidade civil “subjetiva que, com algumas exceções, se relaciona com a atividade dos facultativos, conforme preconizam o artigo 951 do Código Civil brasileiro e o art. 14, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor”.³⁷

No mais, a responsabilidade médica é, em regra, de meio. Vale dizer, o médico não poderá ser responsabilizado em razão do não alcance específico do fim pretendido, qual seja, na maioria das vezes, a cura, se tiver agido de forma diligente no exercício da sua função.

O referido resultado, aliás, não poderá ser reclamado pelo paciente que solicita a alta médica, pois manifesta, em outros termos, expressa recusa do tratamento a que o profissional quer executar. A este, por seu turno, cumpre comprovar que apresentou as orientações necessárias e advertiu o enfermo dos riscos envolvendo a escolha que pretendia fazer. Neste sentido, expõe Jurandir Sebastião:

Deverá ser verificado se “quem assumiu o risco em caso de frustração (não atingimento do fim) ou de prejuízo (dano) diante de resultado negativo. Se o risco foi assumido por quem contrata (paciente, no caso da medicina), cumpre a este provar a culpa do contratado (médico) pelo dano resultante – será contrato de meios. Se o risco é do contratado (médico, no caso da medicina), cumpre a este, para se eximir da responsabilidade (uma vez que não atingiu o resultado desejado), provar que o insucesso decorreu de fato que escapou de sua esfera de ação, quer por culpa do próprio contratante, quer porque derivado de força maior ou de caso fortuito – será contrato de resultado.”³⁸

36 ANDRADE JUNIOR, op. cit., p. 264-265.

37 LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. p. 20.

38 SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Civil Médica**: civil, criminal e ética. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 94.

Assim, caso o médico, ante o pedido do paciente, decida conceder a alta, deve se acautelar na tentativa de demonstrar a ausência de responsabilidade profissional em razão da atitude pretendida tão somente pelo enfermo.

Destaque-se que o artigo 107 do Código Civil prevê que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Embora não haja uma forma solene a ser seguida, prudente que o médico apresente por escrito a solicitação do paciente, bem como a ciência deste sobre as informações repassadas acerca dos riscos da liberação “prematura”:

Conforme consta no Parecer 1883/2007 do Conselho Regional de Medicina do Paraná (de Relatoria do Conselheiro Donizetti Dimer Giamberardino Filho), “o médico deve realizar o registro no prontuário sobre as informações concedidas e a vontade manifestada pelo paciente”³⁹.

Também neste sentido é o Parecer nº. 1349/01 do Conselho Regional de Medicina do Paraná (de Relatoria de Raquele Rotta Burkiewicz): “A alta a pedido deve ser registrada no prontuário do paciente e deve ter a assinatura do paciente ou responsável, junto com a evolução clínica, mencionando-se seu estado no momento da alta”⁴⁰.

Por fim, cumpre registrar que, se o médico não quiser conceder a alta médica a pedido, por ser um ato exclusivo, pode requerer que seja retirado do caso mediante a escolha de outro profissional para prontamente atender aquele paciente.

Entretanto, considerando o crescente número de alta médica a pedido é difícil imaginar um profissional que sempre tenha que encontrar outro que aceite o caso e assuma a responsabilidade jurídica advinda de tais fatos.

39 GIAMBERARDINO FILHO, Donizetti Dimer. Parecer nº. 1883/2007. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRM/PR/pareceres/2007/1883_2007.htm>. Acesso em: 21.08.2012.

40 BURKIEWICZ, Raquele Rotta. Parecer nº. 1349/01. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRM/PR/pareceres/2001/1349_2001.htm>. Acesso em: 20.08.2012.

CONCLUSÃO

Depreende-se da pesquisa elaborada que tal qual a sociedade, o Direito deve evoluir. Tal evolução, por seu turno, passa necessariamente pela área médica, a qual cada dia mais se moderniza e se reveste de formalidades visando também a proteção do profissional.

O médico com condutas anteriormente inquestionáveis perante a sociedade passa a ser visto como simplesmente um ser humano, ou seja, alguém sujeito a erros. Ante tal visão, a outra parte da relação, qual seja o paciente, ganha status com direito de manifestar sua opinião.

A análise médica passa a envolver não somente o estado de saúde do paciente. Este, por sua vez, mais informado em razão dos meios de comunicação em massa, passa a ter, muitas vezes, uma noção sobre o que está ocorrendo e quais são os tratamentos não só possíveis como também alternativos ao proposto pelo profissional que lhe atende.

Dessa forma, não obstante as características de indisponibilidade e intransmissibilidade, o detentor do direito à integridade física (enfermo) utiliza de sua autonomia privada para fazer valer a sua vontade.

Tem-se, pois, um conflito entre o médico - pautado na sua formação com base no princípio da beneficência e na busca do melhor tratamento possível para o enfermo - e entre o paciente - que pretende que sua vontade seja respeitada até mesmo por aqueles que antes eram vistos como seres superiores dotados de conhecimentos inquestionáveis.

Requerer-se a alta médica nada mais é do que fazer uso da autonomia privada desde que não haja o iminente perigo de vida. Este, pode-se dizer, é o condicionamento e o limiar na relação entre o médico e o paciente quando se tem por objeto a alta.

Aliás, a alta médica a pedido é basicamente a manifestação de vontade do paciente acerca da recusa do tratamento que lhe foi recomendado pelo profissional. O médico, por seu turno, não pode ser responsabilizado por respeitar a decisão do enfermo. Não se pode prender a pessoa em um hospital e a obrigar a fazer um tratamento.

A necessidade de respeito pela autonomia privada do paciente encontra respaldo jurídico na medida em que o delito de constrangimento ilegal, exemplificativamente, só é considerado atípico quando a

intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente é justificada pelo já mencionado iminente perigo de vida.

No mais, os enunciados 4 da I Jornada de Direito Civil e 139 da III Jornada de Direito Civil mitigam o disposto no art. 15 do Código Civil e respaldam a possibilidade de limitação do exercício dos direitos da personalidade, sendo que, recusar um tratamento, não significa abdicar do direito propriamente dito.

Isto porque nada impede que o paciente solicite a alta médica no local em que se encontra e, no momento seguinte, procure outro profissional, no qual tenha confiança ou, quando não, que aceite e se responsabilize por tratamento diverso do anteriormente apresentado.

Ademais, o Código de Ética Médica é utilizado como baliza para avaliação das condutas médicas, haja vista não haver legislação em sentido estrito regulando as práticas destes profissionais.

E o citado Código dá guarida aos profissionais e, até mesmo, determina o respeito pela autonomia privada dos pacientes por meio da interpretação dos artigos 22, 24 e 32, bem como dos fundamentos expostos como base do Diploma.

Os julgadores, por seu turno, não podem ficar inertes ante as novas condutas praticadas na sociedade tanto pelo médico quanto pelo paciente. Deve-se, portanto, estar atento a evolução envolvendo relação tão peculiar e a preponderância atual do respeito pela autonomia privada até porque ninguém pode ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei. E a exigência legislativa é o constrangimento do paciente a se submeter ao tratamento quando há tão somente iminente perigo de vida.

Conclui-se, portanto, que ante a solicitação da alta ou, em outras palavras, quando houver recusa do tratamento pelo paciente, o médico, verificando a ausência de iminente perigo de vida, deve conceder a alta em respeito a autonomia privada do enfermo.

Tal profissional não poderá ser responsabilizado pelas complicações que advierem da escolha feita pelo paciente, sendo que, entretanto, deverá revestir o ato de formalidades – como a exigência de pedido escrito mediante testemunha, registro no prontuário - visando comprovar em juízo a quem compete a responsabilidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Oliveiros Guanais de. Parecer nº. 7.299/99. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/7299_99.php>. Acesso em 23.09.2012.

ANDRADE JUNIOR, Gualter de Souza. O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26.08.2012.

_____. Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20659:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-iv-direitos-humanos&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 24.09.2012.

_____. Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 13.09.2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05.09.2012.

_____. Consulta nº 69.540/01. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/69540_01.php>. Acesso em: 13.09.2012.

_____. Disponível em: <http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/65620_7415.PDF>. Acesso em: 15.09.2012.

_____. Enunciados aprovados – III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 04.09.2012.

_____. Enunciados aprovados. – I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://dalet.h.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 26.08.2012.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 24.09.2012.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 15.09.2012.

_____. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 24.09.2012.

_____. Manual de Ética em Ginecologia e Obstetrícia. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=60>. Acesso em: 13.09.2012.

_____. Padronização da Nomenclatura Censo Hospitalar. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/padronizacao_censo.pdf>. Acesso em: 29.09.2012.

BURKIEWICZ, Raquela Rotta. Parecer nº. 1349/01. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRM/pareceres/2001/1349_2001.htm>. Acesso em: 20.08.2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIAMBERARDINO FILHO, Donizetti Dimer. Parecer nº. 1883/2007. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRM/pareceres/2007/1883_2007.htm>. Acesso em: 21.08.2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Henrique Carlos. Consulta nº. 69.540/01. Se é possível o médico deixar a alta hospitalar prescrita na visita anterior, no caso de impossibilidade justificada de comparecimento. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMSP/pareceres/2001/69540_2001.htm>. Acesso em: 15.07.2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

MOREIRA, Antonio de Pádua de Farias; TEIXEIRA, Patrícia Maria de Castro. Parecer nº. 34/2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmce/pareceres/2010/34_2010.htm>. Acesso em: 15.09.2012.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Parecer**: Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais. 22.09.2009.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Civil Médica**: civil, criminal e ética. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.





SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (I)

POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR MELHORIAS EM SERVIÇOS DE HOSPITAL PÚBLICO

PRIMEIRA TURMA

05/02/2013

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 642.536 AMAPÁ

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S): ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).
2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.
3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 05 de fevereiro de 2013.

LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

PRIMEIRA TURMA

05/02/2013

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 642.536 AMAPÁ

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S): ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

www.femipa.org.br

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DO AMAPÁ em face de decisão de minha lavra, assim ementada (fl. 655):

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).

2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.

3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nãs quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.

4. Recurso extraordinário a que se dá provimento.”

Em suas razões recursais, o agravante sustenta que o recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público não preenche um dos requisitos de admissibilidades indispensáveis ao seu conhecimento: o prequestionamento. Alega, ainda, que a análise da controvérsia objeto destes autos dependeria do revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via extraordinária.

Ao final, requer a reconsideração da decisão hostilizada, com o conseqüente não provimento do apelo extremo interposto pelo *Parquet*.

É o relatório.

PRIMEIRA TURMA

05/02/2013

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 642.536 AMAPÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):

Não assiste razão ao agravante.

Em suma, os fundamentos da decisão agravada restaram assim consignados (fls. 655/663):

“Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ, com fundamento no artigo 102, III, ‘a’, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão do TJ/AP assim ementado (fl. 585):

‘CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA *EX OFFICIO*. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA O ESTADO E MUNICÍPIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INVESTIMENTO E MANUTENÇÃO DE UNIDADE DE SAÚDE ESTADUAL. EXCLUSÃO DO MUNICÍPIO DA LIDE. INADMISSÃO DA UNIÃO COMO LITISCONSORTE PASSIVA NECESSÁRIA. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DO ESTADO FEDERADO. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE ENVOLVA INVESTIMENTO ESTATAL. 1) Em face ao disposto no art. 475, II, do CPC, está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra o Estado, máxime quando o valor da causa é superior a sessenta salários mínimos; 2) Versando a ação civil pública sobre obrigação de fazer vinculada à Unidade Mista de Saúde Estadual, confirma-se a exclusão do Município da lide, por ilegitimidade; 3) Decorrência da autonomia administrativa e financeira de que goza cada Estado Federado (CF, artigos 18 e 25), e, especialmente, em decorrência do princípio da independência e harmonia entre os poderes (CF, artigo 2º), não pode o Poder Judiciário, substituindo a Administração Pública do Estado, em sua apreciação de conveniência e oportunidade quanto à gestão e aplicação dos recursos públicos, estabelecer onde e como deverão ser aplicados tais recursos e feitos os investimentos necessários à prestação satisfatória e eficiente de qualquer serviço, inclusive aquele vinculado à Unidade Mista de Saúde instalada em determinado Muni-

www.femipa.org.br

cípio do Estado; 4) Provimento da Remessa Oficial. Prejudicialidade dos recursos de agravo retido e apelação interpostos.’

Noticiam os autos que o recorrente ajuizou ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, contra o Estado do Amapá, ora recorrido, e contra o Município do Amapá, pleiteando a condenação dos entes públicos em obrigações de fazer que implicassem na adoção de medidas necessárias à melhoria da qualidade do sistema público de saúde local.

Narra a inicial que a Unidade Mista de Saúde – UMSA, ‘único hospital de referência do Município, (...) vem padecendo de uma falência progressiva por falta de manutenção e renovação de equipamentos médicos-hospitalares e de suas instalações, carência de renovação do quadro de pessoal, contratação de profissionais técnicos para a chefia de farmácia do laboratório clínico, e outros. Resultando, assim, no colapso geral das ações e serviços de saúde, dando ensejo à violação cotidiana, sistemática e reiterada do direito universal à saúde’ (fl. 7).

O magistrado singular reconheceu a ilegitimidade passiva do Município e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido ‘para impor ao ESTADO DO AMAPÁ a obrigação de fazer consistente na prestação adequada e contínua dos serviços de saúde no âmbito do município de Amapá, promovendo, em caráter emergencial, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, a reforma e manutenção geral da UMSA; pintura de toda a unidade; aquisição de condicionadores de ar; reativação das salas de cirurgia e de parto; reforma na rede elétrica; aquisição de extintores de incêndio e mangueiras; contratação efetiva de 1 (um) farmacêutico ou bioquímico’ (fl. 510).

Pleiteando a complementação do julgado, o *Parquet* opôs embargos de declaração. Alegou que a sentença foi omissa quanto à antecipação de tutela pleiteada e quanto à ‘fixação do termo final para o cumprimento das providências objeto da condenação, já que restou somente a fixação de prazo para início das ‘primeiras’ providências, qual seja 90 (noventa) dias’ (fl. 513-v).

Os embargos foram acolhidos nos seguintes termos (fls. 515/516):

‘(...) evidente que a situação constatada nos relatórios do CREA de outubro de 2006 e de janeiro de 2008, não se alterou significativamente, o que

justifica a antecipação dos efeitos da tutela, para dar efeito meramente devolutivo em caso da interposição de apelação.

Outro ponto que também merece acolhida é o fato de ter estabelecido apenas o prazo de 90 dias para as primeiras providências. É certo que não tendo data para a conclusão, restaria inócua a possível execução do julgado. Dessa sorte DETERMINO que as primeiras medidas sejam tomadas em 90 dias, e que toda a execução dos serviços se dê nos 180 dias seguintes, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.’

Irresignado, o Estado do Amapá interpôs apelação, requerendo, preliminarmente, a inclusão da União e do Município do Amapá no polo passivo da lide, com respaldo no artigo 23, inciso II, da CF/88, *verbis*:

‘Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;’

No mérito, sustentou que ‘o princípio da reserva do possível torna inviável a condenação da Fazenda Pública no feito *sub examine*’, destacando que ‘o princípio em pauta determina que a Administração Pública só tem o dever de atuar quando presentes os requisitos idôneos à atividade administrativa. Inexistindo meios materiais, como recursos financeiros aptos a arrostar as despesas solicitadas, queda inviável a providência desejada’ (fls. 521/522).

O TJ/AP deu provimento à remessa oficial, julgando prejudicada a apelação do Estado.

Nas razões do apelo extremo, o Ministério Público afirma que ‘a ilicitude gerada pelo não cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais. Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos poderes – inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais’ (fl. 607).

Ressalta ainda que o princípio da reserva do possível não pode ser aplicado quando não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do Estado, bem como não pode ser empecilho à garantia da dignidade da pessoa humana.

Alega, por fim, violação do artigo 196 da CF/88, segundo o qual, ‘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.’

Requer o provimento do recurso a fim de restabelecer a sentença.
É o relatório. DECIDO.

Ab initio, deixo de apreciar a existência da repercussão geral, uma vez que o artigo 323, § 1º, do RISTF dispõe que “tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral”.

A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.

Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. Eis a ementa do julgado:

‘EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde.

Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.’

Destaco o seguinte trecho do voto condutor do julgamento:

‘(...)

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar ‘mínimo existencial’ e ‘reserva do possível’ (Vorbehalt des Möglichen).

(...)

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do possível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir das perspectivas das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez’ (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

(...)

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

(...)

Argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (macrojustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de

recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001).

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o 'mínimo existencial' de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

(...)

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso ocorre, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, 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.

(...)

Assim, também como base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

(...)

A decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cito: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos.

(...)

Conforme relatado na decisão objeto da presente suspensão, a ordem liminar determina, apenas, que os réus tomem providências inseridas no âmbito das suas competências.

(...)

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC.”

Assim sendo, em que pesem os argumentos expendidos nas razões de agravar, resta evidenciado que o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 642.536 AMAPÁ****RELATOR: MIN. LUIZ FUX****AGTE.(S): ESTADO DO AMAPÁ****PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ****AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ****PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ****DECISÃO:**

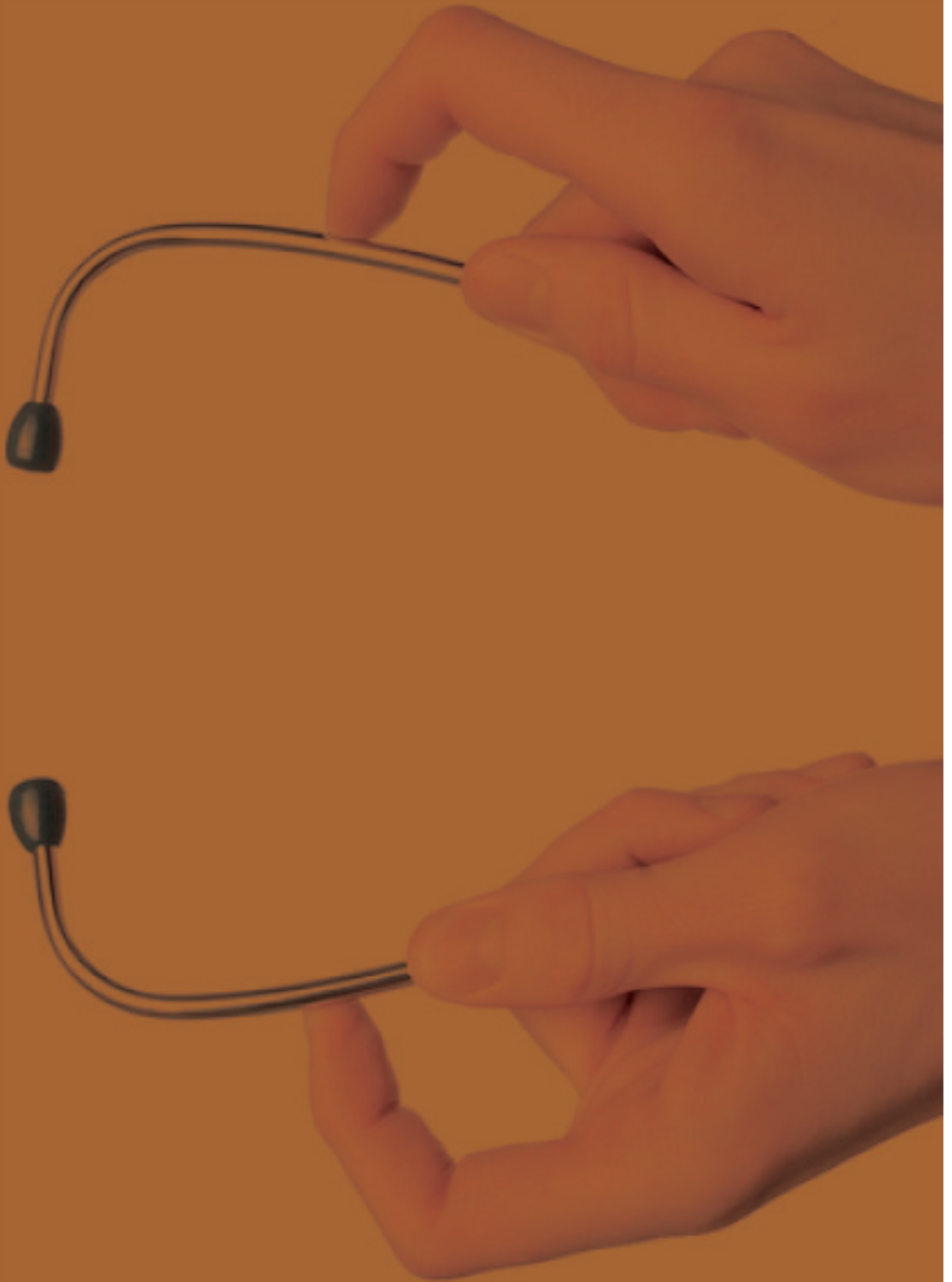
A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 5.2.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária de Primeira Turma





SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (II)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE ENTES FEDERATIVOS PELO NÃO FORNECIMENTO DE EXAME

SEGUNDA TURMA

09/04/2013

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.777 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S): CELIA DE SOUZA OLIVEIRA

ADV.(A/S): ANTONIO CARLOS PONTES BORGES

EMENTA

PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA **DESTITUÍDA** DE RECURSOS FINANCEIROS – **DIREITO À VIDA E À SAÚDE** – **NECESSIDADE IMPERIOSA** DE SE PRESERVAR, **POR RAZÕES** DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, **A INTEGRIDADE** DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO **GRATUITO** DE **MEIOS INDISPENSÁVEIS** AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – **DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196)** – **PRECEDENTES (STF)** – **RESPONSABILIDADE SOLI-**

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

DÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

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. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki.

Brasília, 09 de abril de 2013.

CELSO DE MELLO – RELATOR

SEGUNDA TURMA

09/04/2013

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.777 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S): CELIA DE SOUZA OLIVEIRA

ADV.(A/S): ANTONIO CARLOS PONTES BORGES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):

Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão **que conheceu e negou provimento** ao recurso extraordinário deduzido pela parte ora agravante.

Inconformada com esse ato decisório, a recorrente **interpõe** o presente recurso, **postulando o provimento** do apelo extremo que deduziu.

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

SEGUNDA TURMA

09/04/2013

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.777 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):

Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada **ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada** pelo Supremo Tribunal Federal **na matéria** ora em exame.

Com efeito, **tal como ressaltado** na decisão ora agravada, o recurso extraordinário em questão **foi interposto** contra decisão que, **proferida** pelo órgão judiciário de origem, **apoiou-se**, em síntese, nos seguintes fundamentos:

“A sentença é de ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 46 da Lei 9.099/1995, combinado com artigo 1º da Lei 10.259/2001. Os fundamentos do acórdão, pois, são os mesmos fundamentos da sentença, onde todas as alegações já foram analisadas.”

A parte ora agravante, no apelo extremo em causa, **requereu** que seja “(...) reconhecida a ausência de responsabilidade direta da União pelo custeio do exame pleiteado pela recorrida, com o que deverá ser reformado o v. acórdão exarado pela TR dos Jefs do RS, julgando-se improcedente a ação, com inversão dos ônus sucumbenciais”.

Entendo não assistir razão à União Federal, pois o **eventual** acolhimento de sua pretensão recursal **certamente** conduziria a **resultado inaceitável** sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde.

É que essa postulação – considerada a **irreversibilidade**, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta a ora agravada (**que é portadora** de neoplasia maligna de baço) – **impediria**, se aceita, que a paciente, pessoa **destituída** de qualquer capacidade financeira, **merecesse** o tratamento inadiável a **que tem direito** e que se revela **essencial** à **preservação** de sua própria vida.

Na realidade, o **cumprimento** do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, **a todos**, a proteção à saúde, **representa** fator,

que, associado a um imperativo de solidariedade social, **impõe-se** ao Poder Público, **qualquer** que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

A **impostergabilidade** da efetivação desse dever constitucional **desautoriza** o acolhimento do pleito recursal ora deduzido **nesta** sede recursal.

Tal como pode enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (**Pet 1.246-MC/SC**), entre proteger a **inviolabilidade** do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo **inalienável** assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “*caput*”, e art. 196), **ou** fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, **entendo** – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica **impõem** ao julgador **uma só** e possível opção: aquela que **privilegia** o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à **generalidade** das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade **deve** velar, **de maneira responsável**, o Poder Público, a quem incumbe formular – e **implementar** – políticas sociais e econômicas **que visem a garantir**, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta

Política – que tem por destinatários **todos** os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “**Comentários à Constituição de 1988**”, vol. VIII/4.332-4.334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – **não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena** de o Poder Público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, **de maneira ilegítima**, o cumprimento de **seu** impostergável dever, por um gesto **irresponsável** de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, **incide**, sobre o Poder Público, a **gravíssima** obrigação de tornar efetivas as **prestações de saúde**, incumbindo-lhe promover, **em favor** das pessoas e das comunidades, **medidas** – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas **idôneas**, tenham por finalidade **viabilizar e dar concreção** ao que prescreve, **em seu art. 196**, a Constituição da República.

O **sentido de fundamentalidade do direito à saúde** – que **representa**, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – **impõe** ao Poder Público um **dever de prestação positiva** que **somente** se terá por cumprido, **pelas instâncias governamentais**, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a **satisfação efetiva** da determinação **ordenada** pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, **mais do que** a simples **positivação** dos direitos sociais – que traduz **estágio necessário** ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como **pressuposto indispensável** à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Poder Constituinte e Poder Popular**”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, **recai**, sobre o Estado, **inafastável** vínculo institucional consistente em conferir **real efetividade** a tais prerrogativas básicas, **em ordem** a permitir, **às pessoas**, nos casos de injustificável **inadimplemento** da obrigação estatal, que **tenham** elas **acesso** a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à **realização**, por parte das entidades governamentais, da **tarefa** que lhes impôs a **própria** Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado **meramente** proclame o reconhecimento formal de um direito. **Torna-se essencial** que, **para além** da simples declaração constitucional desse direito, seja ele **integralmente** respeitado e **plenamente** garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – **como o direito à saúde** – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o **poder** do cidadão de exigir, do Estado, a **implementação** de prestações positivas **impostas** pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpra assinalar, finalmente, que a **essencialidade** do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, **como prestações de relevância pública**, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197),

em ordem a **legitimar** a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, **deixassem** de respeitar o mandamento constitucional, **frustrando-lhe**, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por **intolerável** omissão, seja por qualquer outra **inaceitável** modalidade de comportamento governamental **desviante**.

Todas essas considerações – que **ressaltam** o caráter **incensurável** da decisão emanada da E. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, Seção do Estado do Rio Grande do Sul – **levam-me a repelir**, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pela parte recorrente, **especialmente** se se considerar a **relevantíssima** circunstância de que o acórdão objeto do recurso extraordinário **ajusta-se** à orientação jurisprudencial **firmada** no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM, v.g.):

“PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O **direito público subjetivo à saúde** representa prerrogativa jurídica **indisponível** assegurada à **generalidade** das pessoas pela **própria** Constituição da República (art. 196). **Traduz** bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade **deve velar, de maneira responsável**, o Poder Público, **a quem incumbe** formular – e **implementar** – políticas sociais e econômicas **idôneas** que visem a **garantir**, aos cidadãos, **inclusive àqueles portadores do vírus HIV**, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde – **além** de qualificar-se como direito fundamental que assiste a **todas as pessoas** – **representa** conseqüência constitucional **indissociável** do direito à vida. O Poder Público, **qualquer** que seja a esfera institucional

de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente** ao problema da saúde da população, **sob pena** de incidir, ainda que por **censurável** omissão, em **grave** comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O **caráter programático** da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários **todos** os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – **não pode converter-se** em promessa constitucional inconseqüente, **sob pena** de o Poder Público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, **de maneira ilegítima**, o cumprimento de **seu** impostergável dever, por um gesto **irresponsável** de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de **distribuição gratuita** de medicamentos a pessoas carentes, **inclusive** àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, **dá efetividade** a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, **caput**, e 196) e **representa**, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, **especialmente** daquelas que **nada têm** e **nada possuem**, a não ser a **consciência** de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. **Precedentes** do STF."

(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cumprе ressaltar, de outro lado, quanto à discussão sobre a responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado Federal brasileiro, que o Supremo Tribunal Federal **firmou** entendimento **que torna inacolhível** a pretensão deduzida pela parte ora agravante:

"(...) 1. **O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas**, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.

2. **O Estado deve criar meios para prover serviços médico--hospitalares e fornecimento de medicamentos**, além da implementação de políticas públicas preventivas, **mercê** de os entes federativos **garantirem recursos** em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

.....
5. *Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.*

(RE 607.381-AgR/SC, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões – proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame – têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de fornecimento gratuito de tratamento médico e de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes (AI 732.582/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 586.995-AgR/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 607.385-AgR/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 641.916-AgR/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.):

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO.

I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária.

II – Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio.

III – Agravo regimental improvido.”

(AI 817.938-AgR/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Isso significa, portanto, tratando-se de situação configuradora de responsabilidade solidária das pessoas políticas que compõem a estrutura institucional do Estado Federal brasileiro, que, em matéria de implementação de ações e serviços de saúde, existe verdadeiro dever constitucional “*in solidum*”, que confere ao credor (a pessoa física, no caso) o direito de exigir e de receber, a seu critério, de um, de alguns ou de todos os devedores (os entes estatais, na espécie) a obrigação comum.



Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, *em consequência*, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora agravada.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.777

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S): CELIA DE SOUZA OLIVEIRA

ADV.(A/S): ANTONIO CARLOS PONTES BORGES

DECISÃO:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki. **2ª Turma**, 09.04.2013.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira

Secretária





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (I)

DANO MORAL POR RECUSA DE PLANO DE SAÚDE EM AUTORIZAR TRATAMENTO DE CÂNCER

RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.914 - PR (2012/0097003-6)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ROBERTO GETULIO MAGGI

ADVOGADO: CARLOS FREDERICO REINA COUTINHO E OUTRO(S)

RECORRIDO: SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTRO(S)

ADVOGADA: ADRIANA BARBOSA DE CASTRO E OUTRO(S)

ADVOGADOS: CRISTINA MARIA GAMA NEVES DA SILVA E OUTRO(S)
MARIANA MUNIZ CASA GRANDE E OUTRO(S)

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. RECUSA INDEVIDA À COBERTURA DE TRATAMENTO DE SAÚDE. DANO MORAL. FIXAÇÃO.

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.

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

2. A desnecessidade de revolvimento do acervo fático-probatório dos autos viabiliza a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, com a fixação da indenização a título de danos morais que, a partir de uma média aproximada dos valores arbitrados em precedentes recentes, fica estabelecida em R\$12.000,00, cuja atualização retroagirá à data lançada na sentença.

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 da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 07 de março de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.914 - PR (2012/0097003-6)

RECORRENTE: ROBERTO GETULIO MAGGI

ADVOGADO: CARLOS FREDERICO REINA COUTINHO E OUTRO(S)

RECORRIDO: SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTRO(S)

ADVOGADA: ADRIANA BARBOSA DE CASTRO E OUTRO(S)

ADVOGADOS: CRISTINA MARIA GAMA NEVES DA SILVA E OUTRO(S)
MARIANA MUNIZ CASA GRANDE E OUTRO(S)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ROBERTO GETULIO MAGGI, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: de reparação de danos materiais e compensação de danos morais, ajuizada pelo recorrente, em desfavor de SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A., devido a suposta recusa desta ao pagamento de tratamento de câncer de próstata realizado junto à instituição medicinal.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a recorrida ao pagamento de: *i*) R\$ 26.537,16 (vinte e três mil, quinhentos e trinta e sete reais e dezesseis centavos), a título de danos materiais; e *ii*) R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a fim de compensar os danos morais suportados.

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pela recorrida, para afastar a condenação por danos morais, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - PLANO DE SAÚDE - AUTOR QUE SOFRE DE CÂNCER DE PRÓSTATA - PROCEDIMENTO RADIOLÓGICO DE BRAQUITERAPIA AUTORIZADO - REALIZAÇÃO EM CLÍNICA DESCREDENCIADA - RECUSA DO CUSTEIO INTEGRAL DAS DESPESAS COM O PROCEDIMENTO - ABUSIVIDADE - OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE QUE NÃO COMPROVOU A EXISTÊNCIA DE CENTRO MÉDICO CREDENCIADO PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO - CARÁTER EMERGENCIAL EVIDENCIADO - RESSARCIMENTO DE DESPESAS DE RIGOR - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - MERO DISSABOR - DECISÃO REFORMADA COM A

CONSEQÜENTE REDISTRIBUIÇÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA - APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (e-STJ fls. 512 e 513).

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 186, 187, 389, 395, 927, 944 e 949, do CC/02, bem como dissídio jurisprudencial. Afirma que a recusa irregular na cobertura do tratamento de saúde acarreta dano moral, e não apenas mero dissabor.

Decisão de admissibilidade: o TJ/PR admitiu o recurso especial e determinou a remessa dos autos a esta Corte Superior.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.914 - PR (2012/0097003-6)**RELATORA:** MINISTRA NANCY ANDRIGHI**RECORRENTE:** ROBERTO GETULIO MAGGI**ADVOGADO:** CARLOS FREDERICO REINA COUTINHO E OUTRO(S)**RECORRIDO:** SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A**ADVOGADO:** FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTRO(S)**ADVOGADA:** ADRIANA BARBOSA DE CASTRO E OUTRO(S)**ADVOGADOS:** CRISTINA MARIA GAMA NEVES DA SILVA E OUTRO(S)
MARIANA MUNIZ CASA GRANDE E OUTRO(S)**RELATORA:** MINISTRA NANCY ANDRIGHI**VOTO**

Cinge-se a controvérsia a analisar se a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado acarreta dano moral, apto a ser compensado, ou se tal situação reflete apenas um mero dissabor que, muito embora cause aborrecimentos, não configura efetiva lesão a nenhum atributo da personalidade do segurado.

- Da Súmula 83/STJ

No julgamento do REsp 657.717/RJ, 3ª Turma, minha relatoria, DJ de 12.12.2005, e que versa sobre situação análoga à dos autos, 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 direto do inadimplemento, dispensando-se a produção de provas nesse sentido.

Desta feita, tem-se que o TJ/PR, ao decidir que a recusa irregular na cobertura do tratamento de saúde acarreta apenas mero dissabor, contrariou o entendimento do STJ no sentido de que deve ser reconhe-

cido o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada (REsp 1.243.632/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 17.9.2012; e AgRg no AREsp 7.386/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 11.9.2012).

Logo o acórdão recorrido merece reforma.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para condenar a recorrida, em complemento à condenação imposta em 1º grau, ao pagamento de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a fim de compensar os danos morais suportados pelo recorrente, a serem atualizados desde a data lançada na sentença.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

NÚMERO REGISTRO: 2012/0097003-6

PROCESSO ELETRÔNICO: REsp 1.322.914 / PR

NÚMEROS ORIGEM: 201000389019 201100326773 26603120098160001 7623187
8352009

PAUTA: 07/03/2013 **JULGADO:** 07/03/2013

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: ROBERTO GETULIO MAGGI

ADVOGADO: CARLOS FREDERICO REINA COUTINHO E OUTRO(S)

RECORRIDO: SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTRO(S)

ADVOGADA: ADRIANA BARBOSA DE CASTRO E OUTRO(S)

ADVOGADOS: CRISTINA MARIA GAMA NEVES DA SILVA E OUTRO(S)
MARIANA MUNIZ CASA GRANDE 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 da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (II)

DEVER DO HOSPITAL DE INDENIZAR PAIS DE BEBÊ QUE MORREU SEM ATENDIMENTO

RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.622 - DF (2012/0041973-0)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO E OUTRO

ADVOGADO: JOSE EMILIANO PAES LANDIM NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: HOSPITAL SANTA LÚCIA S/A

ADVOGADO: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes.

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.
4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.
5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.
6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.
7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.
8. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, a Turma, por maioria, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Vencida, parcialmente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Votaram com o Sr. Ministro

Relator os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RECURSO ESPECIAL Nº: 1.335.622 - DF (2012/0041973-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Alberdan Nascimento de Araújo e outro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

“REPARAÇÃO DE DANOS. MORTE. PACIENTE ORIUNDO DA REDE HOSPITALAR PÚBLICA. DECISÃO LIMINAR. NOSOCÔMIO PRIVADO. NÃO RECEBIMENTO. ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO OFICIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EVENTO DANOSO. NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Conquanto sejam os estabelecimentos hospitalares fornecedores de serviços, somente responderão pelos danos causados a pacientes, caso esteja comprovada a existência de relação de consumo entre eles e/ou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, tal como na responsabilidade civil prevista no art. 957 do Código Civil pelo dano advindo do cometimento de ato ilícito. Não estando comprovado que o paciente veio a óbito apenas em decorrência da recusa do nosocômio réu, integrante da rede hospitalar privada, em interná-lo em uma de suas unidades de terapia intensiva como cumprimento de decisão liminar exarada em desfavor do Estado e da qual não fora oficialmente intimado, correta se mostra a sua não condenação a indenizar os danos suportados pelos genitores do paciente com o óbito de seu filho” (fl. 518).

Foram opostos declaratórios, com efeitos infringentes, ao argumento de que o acórdão não levou em consideração as provas dos autos, principalmente no tocante aos relatórios médicos elaborados pela equipe médica do Hospital Regional de Taguatinga.

Os embargos foram rejeitados, restando assim sumariado o acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO. REJEIÇÃO.

Rejeitam-se os embargos de declaração em que se alega a existência de omissões e contradições no acórdão embargado, quando inexistentes quaisquer vícios e notório o propósito do embargante de provocar o reexame de questões já decididas para obter a modificação do julgado. A discordância da parte quanto ao entendimento adotado pela Turma deve ser apresentada na sede recursal adequada. Sem lugar também os

embargos para fins de prequestionamento, quando inexistentes quaisquer dos vícios previstos no art. 535 do CPC. Havendo erro material, o decisum pode ser corrigido de ofício pelo julgador, conforme estabelece o artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil" (fl. 679).

Na origem, Alberdan Nascimento de Araújo e Cícera de Oliveira Silva propuseram ação indenizatória contra o Hospital Santa Lúcia, na qual buscam o ressarcimento pelos danos materiais e morais que sofreram em decorrência do falecimento da filha menor do casal.

Contam que no dia 18 de julho de 2007 encaminharam a filha menor, então com oito meses de vida, ao Hospital Regional de Taguatinga com os sintomas de tosse seca, coriza hialina e obstrução nasal, dispnéia, febre, hipoatividade e falta de apetite (fl. 6). Com o agravamento do quadro clínico, a criança foi internada.

Após vários exames, em virtude da evolução da doença, na madrugada do dia 21 de julho foi iniciado tratamento com antibiótico e sedação. Por volta das 8h50min do mesmo dia o quadro clínico era gravíssimo e, por não possuir o hospital público estrutura para o tratamento, os médicos orientaram os pais a conseguir vaga em hospital privado, mesmo que por meio de decisão judicial.

Narram que a liminar foi deferida no final da tarde do dia 21 de julho e que às 20h30min o médico que acompanhava a menor no Hospital Regional de Taguatinga - HRT comunicou à médica plantonista do Hospital Santa Lúcia sobre a decisão e foi informado que o hospital receberia a paciente mediante a apresentação da cópia da decisão liminar.

Buscando agilizar o recebimento da menor, o próprio médico do HRT dirigiu-se com a cópia da liminar ao hospital recorrido, que se recusou a receber a menor ao fundamento de que a decisão impressa da *internet* não tinha valor legal.

Diante de tal quadro fático, não restou alternativa a não ser manter a criança na enfermaria do HRT, respirando sob ventilação mecânica, em equipamento ultrapassado. À 1h30min do dia 22 de julho, a paciente veio a falecer.

Concluem a narração sustentando que a morte da criança poderia ter sido evitada com o uso de equipamentos adequados e que o réu, ao negar o pronto atendimento, obrigação que lhe cabia, acabou por agravar o quadro clínico que levou ao óbito da menor.

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido. O Tribunal local, ratificando a sentença, entendeu que

“(...) para que se possa responsabilizar o hospital pelo evento danoso ocorrido, é necessário apurar a existência de nexo de causalidade entre o ato ilícito imputado, in casu, a negativa de recebimento da paciente enferma nas dependências do hospital/apelado, e o dano causado à vítima, ou seja, faz-se necessário averiguar se restou comprovado que a morte da filha dos autores/apelantes deu-se em razão da omissão do hospital/apelante.

(...)

E pelo que apreciei dos autos, tenho que, de fato, não houve comprovação (i) de que o hospital/apelado tivesse a obrigação jurídica de receber a criança em seu estabelecimento, tampouco (ii) de que a morte da paciente tenha ocorrido unicamente da negativa do hospital/apelado de acolhê-la em suas dependências.

Da ponderação de tudo o que se extrai dos autos, embora se chegue à conclusão de que o óbito da filha dos autores/apelantes tenha decorrido do grave estado clínico que a acometera naquela ocasião, aliada à falta de tratamento adequado para as necessidades vindicadas pelo caso (...) É bem verdade que, de certa forma, havendo nessa decisão judicial a ordem para que determinado hospital, em havendo vagas disponíveis, procedesse à internação da paciente, não há como não entender que, em verdade, também recai sobre terceiro o ônus de arcar com o provimento judicial proferido em desfavor de outrem.

Contudo, mesmo que o caso envolva a tentativa de salvaguardar a vida de uma pessoa, não se poderia exigir que o hospital/apelado cumprisse a decisão judicial liminar baseada em documento não oficial e que, por isso, tinha caráter meramente informativo.

Quero com isso dizer que, em verdade, apesar da gravidade do estado de saúde da filha dos autores/apelantes e da urgência que a sua condução para o leito da UTI pediátrica exigia, não se pode dizer que o hospital/apelado tenha incorrido em omissão de socorro, tampouco que possa ser responsabilizado pela morte da criança enferma.

Se o serviço médico-hospitalar prestado pelo hospital público não foi eficiente e adequado o suficiente para proporcionar à paciente o tratamento que seu caso necessitava, sendo necessário empreender ações com escopo de compelir o Estado a providenciar um leito de UTI, seja na rede pública ou na rede privada, e, em decorrência do tempo exigido para pôr em prática essas medidas tenha sido demasiado para a urgência que o quadro clínico da paciente exigia, para mim está claro que o fator determinante de sua morte não pode ser imputado ao fato do hospital particular se negar a autorizar a transferência e a internação dessa paciente para

suas instalações, pois as despesas daí advindas não seriam arcadas pelos genitores da paciente, mas pelo Estado.

*Em razão disso, entendo não haver elementos de prova suficientes para discordar do entendimento exposto pela MM. Juíza sentenciante, no sentido de não responsabilizar o nosocômio/apelado, **uma vez que não correrá qualquer causa a justificar a sua responsabilidade.***

Dessa forma, inexistindo o direito de os autores/apelantes exigirem do réu/apelado que aceitassem a transferência e internação de sua filha em um leito de UTI daquele nosocômio, entendo ausente o nexo de causalidade entre a conduta alegada como ilícita e o dano experimentado, estando, por isso, isento o hospital/apelado de arcar com qualquer indenização.

(...)” (fls. 661/662 - grifou-se).

Agora, pela via especial, os recorrentes pretendem a reforma do julgado sustentando, de início, violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, porquanto foram negligenciados vários documentos acostados aos autos, além de não terem sido corretamente avaliados os testemunhos, principalmente quanto ao depoimento prestado pelo Dr. Antônio José Francisco Pereira dos Santos, um dos responsáveis pelo atendimento da menor.

Em seguida, apontaram como violados os artigos 186, 187, 927 e 951 do Código Civil e artigos 1º, 6º, 7º, 9º, 29, 47 e 58 do Código de Ética Médica.

Para tanto, sustentaram que

“(...

O hospital Santa Lúcia, ora recorrido, agiu de forma omissiva ao não providenciar à paciente (...) sua devida internação em uma de suas Unidades de Terapia Intensiva, ao argumento que a cópia da decisão liminar deferida para que o Distrito Federal arcasse com as despesas decorrentes do seu tratamento no hospital particular não possuía valor legal, pois o hospital não havia sido devidamente intimado da decisão exarada pelo Poder Judiciário. Logo, incorreu na responsabilidade civil objetiva em indenizar, a uma porque houve o dano (morte da menor), a duas é flagrante a omissão médico-hospitalar em não recepcionar a menor, que necessitava de cuidados intensos (UTI), a três nexo de causalidade está plenamente demonstrado pelo elo que une o dano à conduta omissiva perpetrada pelo Recorrido.

(...

O não recebimento da paciente não fora providenciado e muito menos acatado pelos membros do Hospital Santa Lúcia, sob o mero

argumento que não haviam recebido ordem judicial que os obrigasse a recepcionar a paciente em estado gravíssimo.

(...)

É claro que o Recorrido agiu contrário aos preceitos impostos pela medicina. Os hospitais funcionam para atender àqueles que lhes recorrem e não para causar-lhes mal, sofrimento, angústia ou até mesmo a morte, pois na hipótese dos autos prestigiou-se a forma em detrimento da própria vida.

(...)

No tocante a **boa-fé**, esta também restou inobservada, a uma porque o Hospital Santa Lúcia já havia se prontificado em receber a paciente, quando a liminar fosse deferida pelo Douto Juízo, bastando apenas à apresentação da cópia liminar impressa do site do TJDFT para a devida internação da menor em uma de suas Unidades de Terapia Intensiva, o que de fato não veio a ocorrer.

(...)

Verifica-se, portanto, o dever do Hospital Santa Lúcia assegurar aos cidadãos o direito à saúde, à vida, garantia esta resguardada pela Constituição Federal e Legislação infraconstitucional, sendo certo que na hipótese dos autos a menor deveria ter sido atendida pelo Recorrido com absoluta prioridade independentemente de intimação oficial para o nosocômio privado para o seu devido cumprimento, restando claro e evidente que uma ordem judicial sem intimação oficial não pode obstar em hipótese alguma o atendimento a criança que à época estava apenas com 08 (oito) meses de idade. Assim, **a garantia de prioridade compreende a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, e no caso em tela o socorro fora negligenciado, sendo a dignidade da pessoa humana ultrajada pelo Recorrido, pois em detrimento à absoluta prioridade do direito à vida da menor, prestigiou o formalismo em não ter sido devidamente intimado da decisão liminar que autorizava o recebimento da menor em suas dependências as expensas do Ente Público.**

(...)

O Hospital particular avocou para si o dever de prestar saúde pública aos que dela necessitam, devendo, portanto, zelar pela eficiência e por métodos que não agravem ainda mais a situação já penosa dos cidadãos que a ela recorrem. (...) É notório o nexo de causalidade perpetrado em sua conduta, a uma porque o dano fora patente (morte da menor) e o ato ilícito fora decorrente de sua conduta omissiva em não fornecer uma de suas Unidades de Terapia Intensiva par atendimento e tratamento (...).

(...)

Como se vê, o Réu não detinha o arbítrio de recusar o atendimento da paciente que se encontrava em estado gravíssimo, prestigiou-se a

forma, ou melhor, a burocracia da não intimação oficial do Hospital Santa Lúcia, em detrimento do bem jurídico mais importante e valioso, qual seja: a vida. Esclareça-se que a dinâmica dos fatos, mais precisamente o momento do deferimento da ordem liminar que autorizava a transferência da menor para hospitais da rede pública ou na impossibilidade de fazê-lo, que o Distrito Federal arcasse integralmente com as despesas em UTI da rede particular, fora às 17h02m do dia 27/07/2006 (sexta-feira), não podendo os pais, enfermeiros, médicos da rede pública esperarem a burocracia do Poder Judiciário, leia-se oficial de justiça plantonista para seu devido cumprimento, pois uma vida estava sendo perdida, o que efetivamente ocorreu.

(...)

Denota-se que a Unidade de Terapia Intensiva era essencial para a sobrevivência (...). Se o réu tivesse, desde o início da luta dos profissionais da saúde pública, assinalado que NÃO receberia a paciente tão somente com a cópia da decisão liminar deferida pelo Poder Judiciário, os funcionários, médicos, enfermeiros do Hospital Regional de Taguatinga teriam procurado outro hospital particular que a recebesse, pois a situação era de risco e os profissionais da saúde que a ajudaram queriam que a transferência ocorresse da forma menos gravosa à paciente em questão, sem contar que o mais absurdo é que o hospital Santa Lúcia havia se comprometido a receber a paciente apenas com a cópia da liminar deferida, pois o caso era gravíssimo.

(...)

In casu, o Réu não tinha como não providenciar o atendimento da menor, uma vez que o caso era grave, urgente e de risco iminente. Caso o Réu se atentasse aos princípios básicos do Código de Ética Médica, teria oportunizado seu pronto atendimento e quem sabe a morte da menor poderia ter sido evitada e ele estaria no ambiente familiar junto aos seus pais.

(...)' (fls. 695/702 - grifou-se).

Sem contrarrazões (fl. 759), não foi o especial admitido, sendo, no entanto, por força da decisão de fls. 801/802, conhecido o agravo, determinando-se sua reatuação como especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.622 - DF (2012/0041973-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
(Relator):

1. Da violação do artigo 535, inciso II, do CPC.

De início, quanto à negativa de prestação jurisdicional, é de se afastar qualquer negativa de vigência ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que a questão controvertida foi enfrentada de forma clara e motivada, nos expressos limites em que proposta a demanda, não se prestando os declaratórios ao reexame de matéria já decidida, à luz dos fundamentos invocados pelos recorrentes, nem ao revolvimento probatório sob o enfoque dos embargantes.

De tanto, inexistente vício a ser corrigido em sede de embargos de declaração.

Quanto à questão central do inconformismo, é necessário, contudo, tecer algumas considerações.

2. Código de Ética Médica.

Não pode ser conhecido o recurso especial quanto à alegada ofensa aos artigos 1º, 6º, 7º, 9º, 29, 47 e 58 do Código de Ética Médica, pois tal espécie de ato normativo não está abrangida no conceito de “tratado ou lei federal” inserido na alínea *a*, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal (AgRg no REsp 1.055.776/SP, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJe 16/11/2011; e AgRg no Ag 1.421.611/RJ, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe 09/12/2011).

3. Não incidência da Súmula nº 7/STJ.

A controvérsia diz respeito a pedido de indenização por dano moral e material decorrente de óbito de filha menor por ato ilícito.

Ao que se tem, restaram expressamente delimitadas tanto na sentença quanto no voto condutor a situação fática dos autos e a questão jurídica controvertida. Por sua vez, no apelo excepcional, os recorrentes não

se insurgem a respeito da veracidade das provas, mas tão somente no tocante às consequências do julgamento, tendo em vista os fatos delineados.

Assim, para a resolução da controvérsia, portanto, mostra-se desnecessário qualquer revolvimento probatório, bastando o enquadramento jurídico de fatos já descritos e tornados incontroversos pelo órgão julgador, a afastar o óbice da Súmula nº 7 desta Corte.

Com efeito, o cerne do inconformismo está na qualificação jurídica da conduta do recorrido e a sua relação com o dano.

Nessa seara, peço vênia para transcrever a lição do ilustre Ministro Teori Albino Zavascki:

“(...)

*Por **nexo causal** entende-se a relação – de natureza lógico-normativa, e não fática – entre dois fatos (ou dois conjuntos de fato): a conduta do agente e o resultado danoso. **Fazer juízo sobre nexo causal não é, portanto, revolver prova, e sim estabelecer, a partir de fatos dados como provados, a relação lógica** (de causa e efeito) **que entre eles existe** (ou não existe). Trata-se, em outras palavras, de pura atividade interpretativa, exercida por raciocínio lógico e à luz do sistema normativo. **Daí não haver qualquer óbice de enfrentar, se for o caso, mesmo nas instâncias extraordinárias (recurso especial ou recurso extraordinário), as questões a ele relativas.** Nesse ponto, é pacífica a jurisprudência assentada no STF (especialmente ao tratar da responsabilidade civil do Estado), no sentido de que o exame do nexo causal, estabelecido a partir de fatos tidos como certos, constitui típica atividade de qualificação jurídica desses fatos e não de exame de prova. Paradigmático, nesse sentido, o precedente do RE 130.764, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92” (REsp nº 843.060/RJ - grifou-se).*

Assim, delimitado o âmbito de conhecimento do recurso, passa-se à análise do cerne da controvérsia.

4. Da omissão.

De início, quanto à conduta do agente, em sua literalidade, as instâncias ordinárias concluíram no sentido de que o hospital não estava obrigado a receber a paciente, porquanto a “*omissão capaz de evidenciar a responsabilidade civil é aquela que se revela juridicamente relevante, o que deve ser entendido como o deixar de fazer algo a que estava juridicamente obrigado*”.

A questão que ora se apresenta é repassada de sensibilidade e gravidade: o acesso à saúde e o direito à vida.

Ora, a interpretação das normas jurídicas em geral deve observar não apenas os princípios, mas também os fundamentos em que se ampara a República Federativa do Brasil, dentre eles a dignidade da pessoa humana, como consta do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

Essa disposição normativa não é mera construção retórica. Ao contrário, deve ser interpretada como um balizamento a toda atividade estatal, não apenas no desenvolvimento de políticas públicas que atendem para os fundamentos eleitos como basilares à organização do Estado brasileiro, mas, da mesma forma, no exercício das funções legislativa e judiciária.

A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

Em outras palavras, esse valor é revelado pela Constituição Federal por meio dos direitos fundamentais, aos quais confere caráter sistêmico e unitário.

Luís Roberto Barroso bem analisa a dignidade da pessoa humana como princípio que

“(...) identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto,

possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que **no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial**. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, **há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça**” (Interpretação e Aplicação da Constituição, pág. 381 - grifou-se).

Outrossim, não resta dúvida do caráter de serviço público dos prestadores de serviço de saúde ante o que expressa o artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais, **a saúde**, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifou-se).

Além deste, o artigo 196, também é contundente quando diz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo (...) acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A Lei Maior positivou, ainda, no artigo 5º, incisos X e XXII, a conduta diligente e prudente, na perspectiva de efetivar o princípio *neminem laedere* (não lesar a ninguém) desencadeando a obrigação de reparar os danos patrimoniais ou extrapatrimoniais injustos se evidenciados do próprio fato.

Em consonância com o preceito maior, a Lei nº 8.080/90, denominada de Lei

Orgânica da Saúde, dispõe:

“Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.” (grifou-se).

É o que se extrai da preciosa lição de José Afonso da Silva, quando discorre acerca da garantia constitucional à saúde:

“(…)”

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

O tema não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para legislar sobre defesa e proteção à saúde, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem". (Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª ed., págs. 307/308 - grifou-se).

Outrossim, preceituam os artigos 1º e 3º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA):

*"Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral à criança** e ao adolescente. (...)*

*Art. 3º **A criança** e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, **assegurando-se-lhes**, por lei ou por outros meios, **todas as oportunidades e facilidades**, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade" (grifou-se).*

Já o art. 4º desse diploma legal veicula o *princípio da proteção preferencial*, em regime de absoluta prioridade, sobretudo na efetivação de direitos referentes à vida, à saúde, à educação e à dignidade, assim preconizando:

*"Art. 4º **É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.***

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;***
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;*

d) *destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.*" (grifou-se).

O artigo 5º, por sua vez, dispõe que "*nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência ou discriminação (...), por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*".

No caso, havia inescapavelmente a necessidade de pronto atendimento da menor, cuja recusa caracteriza omissão de socorro.

Veja-se, a propósito, os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil:

"Art. 186. *Aquele que, por ação ou **omissão** voluntária, negligência ou imprudência, **violar direito e causar dano a outrem**, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*" (grifou-se)

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

"Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Parágrafo único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.***" (grifou-se)

Outra não é a lição de Caio Mário, quando diz

"(...)

*Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do risco criado. Como já mencionei (...) Depois de haver o art. 929 deste Projeto (art. 927 do Código) enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único espousa a doutrina do risco criado, a dizer que, independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, **haverá obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem**." (Responsabilidade civil, 9ª ed. Rio de Janeiro, pág. 284 - grifou-se).*

Não menos importante, o Código Penal dita que:

“Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

(...)

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.”

“Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:

(...)

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.”

No caso concreto, a funcionária do hospital tinha, no mínimo, o dever de permitir o acesso da criança ao atendimento médico, ainda que emergencial, um ato simples que poderia ter salvado uma vida. Prestar socorro é dever de todo e qualquer cidadão.

Significa a exigência de atuar no propósito de não lesar nem cometer danos injustos a bem de pessoa inocente e, assim, cumprir os deveres de cuidado e de agir como determinado pela ordem jurídica. É o que a doutrina proclama como *falta contra a legalidade constitucional*.

Evidenciado, portanto, que nossas leis disciplinam os direitos e garantias que devem ser prioritariamente observados, a recusa na recepção da paciente, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento do atendimento hospitalar, não tem respaldo legal ou moral.

De outra parte, não se pode aceitar a recusa pela instância ordinária do valor da decisão judicial contida no *site* do Tribunal local, porquanto, como já decidido por esta Turma, *“com o advento da Lei n. 11.419/2006, que veio disciplinar ‘(...) o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais’, acredita-se que a tese de que as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais, somente possuem cunho informativo perdeu sua força, na medida em que, agora está vigente a legislação necessária para que todas as informações veiculadas pelo sistema sejam consideradas oficiais”* (REsp 1.186.276/RS, DJe 3/2/2011, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 3/2/2011).

Não se sustenta, ainda, a isenção de responsabilidade pela ausência da presença da criança no momento do pedido da internação, haja vista que a recusa do atendimento não se deu por esse motivo, como já exposto.

Em verdade, por qualquer ângulo que se observe, ao negar a prestação fundamental à criança, nas circunstâncias dos autos, o hospital recorrido humilhou a cidadania, descumpriu o seu dever constitucional e praticou atentado à dignidade humana e à vida.

5. Do nexo causal.

Dispondo o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal que “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)*”, tem-se que todos que vivem em sociedade estão na condição de portadores de um papel, e somente quando a violação deste papel for determinante para a produção do evento lesivo é que este pode ser imputado ao sujeito.

Ao mesmo tempo, o artigo 932 do Código Civil, em seu inciso III, dispõe que “*são também responsáveis pela reparação civil (...) o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes deve competir, ou em razão dele*”.

Não se desconhece que no direito brasileiro vige o *princípio de causalidade adequada* e, por outros, o *princípio do dano direto e imediato*, cujo enunciado pode ser expresso em duas partes: a primeira (que decorre, a *contrario sensu*, do art. 159 do CC/16 e do art. 927 do CC/2002, que fixa a indispensabilidade do nexo causal) dispõe que *ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa*; e a outra (que decorre do art. 1.060 do CC/16 e do art. 403 do CC/2002 e que fixa o conteúdo e os limites do nexo causal) diz que *somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso*.

Com razão, uma das condições básicas para a concessão da indenização nos casos de responsabilidade civil é o nexo causal certo entre a falha e o dano. Ou seja, ou se reconhece o ato e o relaciona ao dano ou julga-se absolutamente improcedente o pedido, é a regra do tudo ou nada.

Na espécie, contudo, há peculiaridades que atraem outro enfoque para o deslinde da causa.

Com efeito, não há como ser aplicado de forma pura o princípio de causalidade adequada, também não se está promovendo debates a respeito da sua relativização, mas não se pode deixar de apreciar, diante dos fatos exaustivamente analisados, que a questão envolve uma conduta (omissão) que poderia ter garantido a chance de um resultado diverso.

A esse respeito, Miguel Kfourri Neto comenta:

“Não há olvidar as condições de trabalho dos nossos médicos, mormente em hospitais públicos ou ligados à Previdência (...) Nada disso elide, por óbvio, a crassa imprudência, a omissão pura e simples ou o injustificado desvio de conduta, sempre passíveis de punição” (Culpa Médica e ônus da Prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 111).

Com razão, a doutrina, ainda tímida no âmbito cível, tem-se firmado no sentido de que a omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável pelo dano, quando este tem o *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, e se omite assumindo o risco pela ocorrência do resultado.

O dever geral de prevenção do perigo encontra a sua base de sustentação em razões não só normativas como também ética, inserto no princípio geral do já citado *neminem laedere*.

É de se enfatizar no plano dogmático este princípio geral, o qual, embora não expressamente plasmado em preceito legal, decorre de várias normas do nosso ordenamento, no sentido de que, tendo o dever jurídico de agir, quem está diante de uma situação de risco ou perigo, deve tomar as providências necessárias para prevenir os danos daí relacionados.

Desse modo, a relação entre a omissão do hospital e o dano à paciente não é natural, mas estritamente jurídica. Ao omitir-se, o nosocômio acabou evidenciando o dano, ao reduzir substancialmente a possibilidade de sobrevivência da menor.

Do direito comparado, a propósito, traz-se a lição de Joseph H. King Jr. (*Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine*, 1998, pág. 507), que ao comentar o parágrafo 323 do *Restatement (Second) of Torts* assevera que aquele que

se incumbe de prestar, de forma gratuita ou onerosa, serviços que são reconhecidos como necessários para garantir a segurança pessoal e patrimonial de outrem deverá ser responsabilizado pelos danos físicos causados à vítima, se a sua negligência tiver aumentado os riscos para a consecução do dano.

Em casos tais, não impedir o resultado, significa permitir que a causa opere. Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho esclarece que

*“(…) Não há dúvida, entretanto, agora já examinada a omissão pelo aspecto normativo, de que o Direito nos impõe, muitas vezes, o dever de agir, casos em que, nos omitindo, além de violar dever jurídico, deixamos de impedir a ocorrência de um resultado. Dessa forma, **embora a omissão não dê causa a nenhum resultado, não desencadeie qualquer nexos causal, pode ser causa para não impedir o resultado.***

***Ora, não impedir significa permitir que a causa opere. O omitente, portanto, coopera na realização do evento com uma condição negativa: ou deixando de se movimentar, ou não impedindo que o resultado se concretize. Responde por esse resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu, realizando a conduta a que estava obrigado.”** (“Programa de Responsabilidade Civil”, Malheiros, 9ª ed., pág. 65 - grifou-se)*

Dessume-se, portanto, que é indiscutível que, no caso em apreço, o hospital pode não ter causado diretamente o resultado morte, mas tinha a obrigação legal e não o impediu, privando a paciente de uma chance de receber um tratamento digno que, talvez, pudesse lhe garantir uma sobrevida.

Em suma, a omissão está em relação de causalidade não com o evento morte, mas com a interrupção do tratamento, ao qual tinha a obrigação jurídica de realizar, ainda que nunca se venha a saber se geraria resultado positivo ou negativo para a vítima.

6. Da perda de uma chance de cura ou sobrevivência (*perte d'une chance de survie ou guérison*)

Como bem anotou José Carlos Moreira Alves, “*determinar a natureza jurídica de um instituto é estabelecer o seu enquadramento dentro de uma das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico*” (Da Alienação Fiduciária em Garantia, Saraiva, 1973, pág. 45).

Jurisprudência e doutrina francesas, referências por excelência no âmbito da responsabilidade civil, desde a década de sessenta, chamam de *perte d'une chance*, e pontificaram o entendimento de que a pessoa prejudicada por esse rompimento indevido faz jus a alguma sorte de reparação civil.

Sustentam, ainda, a existência de duas hipóteses da perda de uma chance. A primeira é denominada de “casos clássicos” de perda de uma chance, representando as situações em que se possui um dano autônomo e independente do final. A segunda trata dos casos de perda de uma chance na seara médica.

Da Revista Síntese Trabalhista - RST (nº 277, julho/2012, pág. 34), extrai-se um caso emblemático julgado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação da França, em julho de 1964, que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria da perda de uma chance.

O caso narrou a acusação e a posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido à verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, sendo que foi considerado desnecessário o procedimento adotado pelo médico, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto.

A Corte francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre a conduta médica e a invalidez do menor, não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. Contudo, a Corte de Cassação assentou que as presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade.

Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso, condenando-o a uma indenização de 65.000 francos.

Outro *leading case* a ser citado é o caso Hicks v. United States, julgado em 1966. Uma paciente que sofria de dores abdominais foi atendida pelo plantonista e liberada para retornar somente oito horas mais tarde. Antes, porém, veio a falecer. O dano final (morte) foi indenizado, mesmo sem a prova inequívoca da *conditio sine qua non*, isto é, a vítima poderia ter falecido devido ao normal desenvolvimento da doença, mesmo que adequadamente tratada. Nas precisas palavras de Jean Penneau, citadas

por Rafael Peteffi da Silva, tem-se que *“Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (une faute) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevivência coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final.”* (Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, Ed. Atlas, 2007, págs. 84/85).

É de se concluir, portanto, que, ainda que sem garantia de cura, seria possível o restabelecimento da criança em alguma medida (completo, ou parcial, pelo menos, conceito que inclui o prolongamento temporal de sua vida), caso tivesse sido atendida.

A questão da perda da chance de cura ou sobrevivência se afigura na situação fática definitiva, que nada mais modificará, haja vista que o fato do qual originou o prejuízo está consumado, e no presente caso, quanto ao direito à vida, seu fundamento não pode ser outro que a própria dignidade humana.

Isso porque o que se indeniza na responsabilidade por perda de chance outra coisa não é senão a própria chance perdida.

Caio Mário da Silva Pereira, já citado, analisando a situação da perda de uma chance, leciona que

“A doutrina moderna assenta bem os extremos: o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou. Weill e Terré lembram, ainda, como exemplos o caso da pessoa que deixou de adquirir um imóvel por culpa do notário ou de ganhar um processo pela falha do escrivão ou do advogado (...) Ulderico Pires dos Santos registra decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a legitimidade da companhia para pleitear indenização (...). É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na idéia da perda de uma oportunidade (perte d'une chance) e puder situar-se a certeza do dano. Daí dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza: que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria

em prejuízo.” (Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 41/42 - grifou-se).

Do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (RESP 57.529/DF, DJ 23/6/1997), conquanto vencido, extrai-se os ensinamentos de Geneviève Viney, quando afirma:

“(…) o caráter futuro do dano não se constitui em empecilho para que se admita a responsabilidade civil, sendo comum nos casos de danos contínuos, como na indenização por incapacidade física, ou por morte do obrigado a prestar alimentos, etc. A oportunidade, a chance de obter uma situação futura é uma realidade concreto, ainda que não o seja a real concretização dessa perspectiva; é um fato do mundo, um dado da realidade, tanto que o bilhete de loteria tem valor, o próprio seguro repousa sobre a idéia de chance. A dificuldade de sua avaliação não é maior do que avaliar o dano moral pela morte de um filho, ou o dote devido à mulher agravada em sua honra (art. 1548 do CC). É preciso, porém, estabelecer linhas limitadoras: a chance deve ser real e séria; o lesado estar efetivamente em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; deve haver proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro; a reparação deve necessariamente ser menor do que o valor da vantagem perdida (Viney, Geneviève, La responsabilité, in Traité de Droit Civil, Jacques Ghestin, LGDJ, 1982, 341 e seguintes).” (grifou-se).

A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética, de sucesso em pretensão assegurada pelo direito e frustrada por conduta ignóbil do causador do dano. Em verdade, a perda de uma chance já existia no momento da recusa do hospital em receber a menor.

Miguel Kfoury Neto, além de tratar detalhadamente da responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, ratifica tal entendimento, quando afirma que *“a chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado”* (Culpa Médica e ônus da Prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 111).

A chance perdida reparável, reforça Cavalieri, *“deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético”* (Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., pág. 77).

O fato é certo: a menor faleceu. A simples chance (de cura ou sobrevivência), no presente caso, é que passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser

considerada como passível de ser reparada. A perda de chance, aqui, se arruma por inteiro, como um alerta ao cuidado dos que lidam com a vida humana.

Em outros termos, ao se afastar a expectativa de restabelecimento pela realização de um exame, de um outro tratamento ou pela utilização de equipamentos mais modernos, houve interferência indevida na esfera jurídica de terceiro.

Tratando do tema, Miguel Maria de Serpa Lopes aduz que: *“Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia numa probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance, que o juiz apreciará in concreto, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização”*. (Curso de Direito Civil, vol. II, 5ª ed, págs. 375/376)

Esta Corte, não obstante tratar de casos considerados clássico, assim já se manifestou:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

(...)

4. *Recurso especial conhecido em parte e provido*” (REsp 1.190.180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010 - grifou-se).

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ.

(...)

II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida

(...)

V.- Recurso Especial improvido” (REsp 821.004/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/8/2010, DJe 24/9/2010).

Cotejando-se esses entendimentos com a situação dos autos, consistente no benefício cuja chance a criança perdeu, verifica-se que, caso o tratamento fosse realizado, poderia a filha do autores ter tido a chance de, ao menos, sobreviver. Incontestável, portanto, o direito dos pais à reparação de acordo com a teoria dos danos reflexos ou por ricochete.

Com efeito, os pais agem defendendo direito próprio, inerente à sua personalidade, que é ofendida com o desrespeito à saúde e à vida de sua filha, que, por sua vez, tinha direito à integridade física e moral garantido por normas constitucionais e civis, daí falar-se em violação reflexa, em tese, assim se limitando a incidência da norma no presente caso.

7. Conclusão.

Presentes os requisitos ensejadores do ressarcimento por ilícito civil, é de se reconhecer a violação do artigo 927 do Código Civil e, por consequência, o direito dos recorrentes à pretensão indenizatória. Nos termos do artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se, desde já, o direito à espécie.

Constatada a omissão do recorrido, poderiam advir daí danos materiais e morais. Nessa ordem de ideias, irrefutável a situação de sofrimento vivenciada injustamente pelos pais, causada única e exclusivamente pela recusa de atendimento médico à filha, que lhes retirou a chance do tratamento.

A propósito, cumpre destacar a lição de Sérgio Sabi:

“Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um ‘agregador’ do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa.” (Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, Editora Atlas, São Paulo/SP, 2006, pág. 56).

Nesse diapasão, doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que para a fixação do valor da compensação pelos danos morais deve-se considerar a extensão do dano experimentado pela vítima, a repercussão no meio social e a situação econômica das partes, para que se chegue a uma justa composição, sem olvidar a finalidade de punição do causador do dano de forma a desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes, evitando-se, sempre, que o ressarcimento se transforme em fonte de enriquecimento injustificado.

A sanção, contudo, não deve corresponder a reparação à indenização pelo dano morte, mas em razão da ausência de atuar do hospital e o dano sofrido, considerado, no caso, a perda de uma chance de sobrevivência.

Seguindo as peculiaridades da causa, devem ser fixados os danos morais na importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores.

Quanto aos danos materiais, estes estão atrelados ao pedido de pensionamento até a data em que a vítima completaria 25 anos.

Contudo, na espécie, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o atendimento pelo recorrido impediria o resultado. De fato, não há como se equiparar, nesse caso, a perda da vida ao invés da perda da oportunidade de obter a vantagem do tratamento, como o que se acaba por transformar a chance em realidade.

Explica-se: considerando que não há como ser ligada a conduta da ré ao evento morte – não há como ter certeza de que, ainda que prestado o atendimento de emergência de forma adequada, a paciente sobreviveria –, a indenização deve ater-se apenas ao dano moral, excluído o material. Mesmo porque, como já dito, não se pode indenizar o possível resultado. Não se indeniza o que a vítima hipoteticamente

deixou de lucrar, mas, sim, a oportunidade existente em seu patrimônio no momento em que ocorreu o ato danoso.

O que os pais perderam, repita-se, é a chance do tratamento e não a continuidade da vida. A falta reside na chance de cura de sua filha, e não na própria cura.

Falta, assim, pressuposto essencial à condenação do recorrente ao pagamento do pensionamento, nos termos em que formulado.

Juros legais nos termos da Súmula nº 54/STJ e correção monetária a partir desta data. Sucumbentes, arcarão as partes com as custas e os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o importe da condenação, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, respeitada a gratuidade de justiça, se o caso.

Em vista do exposto, conheço em parte do recurso especial e nesta parte dou-lhe provimento, nos termos delineados.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

NÚMERO REGISTRO: 2012/0041973-0

PROCESSO ELETRÔNICO: RESP 1.335.622 / DF

NÚMEROS ORIGEM: 20080110907160 20080110907180AGS 907189320088070001

PAUTA: 09/10/2012

JULGADO: 09/10/2012

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

PRESIDENTE DA SESSÃO: EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: EXMO. SR. DR. JOÃO PEDRO DE SA-BOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

SECRETÁRIA: BELA. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO E OUTRO

ADVOGADO: JOSE EMILIANO PAES LANDIM NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: HOSPITAL SANTA LÚCIA S/A

ADVOGADO: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Material

SUSTENTAÇÃO ORAL: Dr(a). JOSE EMILIANO PAES LANDIM NETO, pela parte RECORRENTE: ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dando provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Massami Uyeda, pediu vista a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.622 - DF (2012/0041973-0)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO E OUTRO

ADVOGADO: JOSE EMILIANO PAES LANDIM NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: HOSPITAL SANTA LÚCIA S/A

ADVOGADO: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO e CÍCERA DE OLIVEIRA SILVA, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/DF.

Ação: de indenização por danos materiais e morais, ajuizada pelos recorrentes em desfavor do HOSPITAL SANTA LÚCIA S.A.

Depreende-se dos autos que a filha dos autores, então com 08 meses de vida, estava internada no Hospital de Taguatinga com quadro clínico considerado gravíssimo, a demandar tratamento não disponibilizado por aquele nosocômio, em unidade de terapia intensiva, motivo pelo qual os médicos aconselharam a transferência para hospital privado.

Os recorrentes obtiveram decisão judicial autorizando a transferência, mas o hospital recorrido se recusou a receber a criança, sob o argumento de que a cópia da liminar que fora apresentada, extraída da Internet, não tinha valor legal. Mantida na enfermaria do Hospital de Taguatinga, a menor veio a óbito.

Sentença: embora reconheça a omissão do hospital, julgou im procedentes os pedidos iniciais, por entender que a conduta da recorrida não foi determinante para o evento morte (fls. 470/482, e-STJ).

Acórdão: o TJ/DF negou provimento ao apelo dos recorrentes, mantendo na íntegra a sentença (fls. 657/663, e-STJ).

Recurso especial: alega violação dos arts. 535 do CPC; 186, 187, 927 e 951 do CC/02; e 1º, 6º, 7º, 9º, 29, 47 e 58 do Código de Ética Médica, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 687/710, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/DF negou seguimento ao recurso especial (fls. 760/764, e-STJ). Inconformados, os recorrentes interpuseram o AREsp 150.310/DF, provido pelo i. Min. Relator para determinar a reatuação do processo como recurso especial.

Voto do Relator: dá provimento ao recurso especial para, aplicando a teoria da perda da chance, condenar o recorrido ao pagamento de danos morais arbitrados em R\$50.000,00. Deixa, contudo, de condenar o hospital em danos materiais, sob a alegação de que não se poderia indenizar um resultado incerto.

Revisados os fatos, decido.

Cinge-se a lide a determinar a validade de decisão liminar extraída da Internet, bem como a aplicabilidade da teoria da perda da chance para hipóteses de erro médico.

Inicialmente, no que tange às preliminares de ausência de negativa de prestação jurisdicional e de impossibilidade de conhecimento do recurso especial à luz dos arts. 1º, 6º, 7º, 9º, 29, 47 e 58 do Código de Ética Médica, acompanho na íntegra o voto do i. Min. Relator.

Da mesma forma, acompanho integralmente o voto condutor em relação à caracterização da conduta omissiva do recorrido, tendo em vista a clara necessidade de pronto atendimento da menor.

Ao se recusar a receber a criança, unicamente porque, naquele momento de extrema urgência, teria sido apresentado documento reputado inábil, o hospital evidentemente excedeu os limites impostos por lei ao exercício dos seus direitos, violando o art. 187 do CC/02.

Diante do risco iminente de morte, o comportamento esperado – sobretudo de um hospital – era a prestação dos primeiros socorros à paciente, para somente então preocupar-se com questões secundárias, de ordem burocrática.

Não bastasse isso, o motivo apresentado pelo recorrido para não aceitar a internação da menor – de que cópia de liminar extraída da Internet não teria valor legal – sequer pode ser considerado plausível, na medida em que o uso do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais e comunicação de atos encontra-se disciplinado desde 2006, por ocasião da edição da Lei nº 11.419/06. Nesse sentido, inclusive, o REsp 1.186.276/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 03.02.2011, alçado a paradigma pelo i. Min. Relator.

Assim, independentemente do ângulo pelo qual se analise a questão, não se encontra justificativa para a conduta omissiva do hospital.

Resta, por fim, apreciar a questão relativa ao nexos causal entre a conduta omissiva do recorrido e óbito da filha dos recorrentes.

O i. Min. Relator constrói seu voto em torno na mitigação do princípio da causalidade adequada, aplicando a teoria da perda da chance.

Entretanto, como bem frisado no voto condutor, esse caso exige que a teoria da perda da chance seja analisada sob outra perspectiva, diversa daquela que vem sendo enfrentada por esta Corte, qual seja, a denominada perda da chance clássica, em que há o desaparecimento de uma oportunidade de ganho em favor do lesado.

Nessas hipóteses, há sempre *certeza* quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e *incerteza* quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma *redução percentual* do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Dessarte, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes.

Na espécie, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia *interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte*. Aqui, a extensão do dano *já está definida*, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do recorrido. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência de nexos causal. A conduta do hospital não provocou a doença que levou ao óbito mas pode eventualmente ter *frustrado a oportunidade de cura*. Essa circunstância suscita novos questionamentos acerca da teoria da perda da chance, porquanto a coloca em confronto mais claro com a regra do art. 403 do CC/02, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do agente.

Exatamente por esse motivo, a doutrina especializada observa que a teoria da perda da chance nas hipóteses de erro médico *não vem*

sendo pacificamente aceita no direito comparado. Tanto Fernando Noronha (*Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 669), como Rafael Peteffi da Silva (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise de direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, p. 222 e ss.) dão conta da existência de viva controvérsia no direito francês acerca da matéria. Assim, a partir do trabalho pioneiro de René Savatier, que em primeiro lugar enxergou a diferença aqui apontada, diversos autores vêm negando a aplicação da teoria da perda da chance à seara médica.

A título exemplificativo, Jean Penneau, autor de obra de grande envergadura sobre o tema (*La responsabilité du medecin*. Paris: Dalloz, 1992, *apud* Fernando Noronha, *op. cit.*, 678), afirma que as situações de certeza quanto ao resultado e incerteza quanto à causa não podem ser dirimidas mediante a simples redução proporcional da indenização. Em vez disso, a incerteza quanto à causa deve ser resolvida em um processo regular de produção de provas, de modo que, se comprovado o nexo causal entre a conduta do médico e o prejuízo causado ao paciente, este lhe deverá pagar uma indenização integral, não uma indenização proporcional ao grau de plausibilidade da oportunidade perdida. Se não ficar comprovada a culpa, por outro lado, indenização nenhuma será devida. Para o erro médico, portanto, o critério seria de tudo ou nada.

Referido autor pondera, inclusive, que a jurisprudência deveria “cessar de se lançar em acrobacias intelectuais – que são a porta aberta a todos os arbítrios - nos termos das quais se pretende indenizar um inapreensível prejuízo intermediário”.

Para os defensores dessa corrente, a dúvida quanto ao nexo causal deveria levar ao julgamento de *improcedência do pedido*. Apenas nas hipóteses em que o liame causal estivesse plenamente demonstrado, poderia haver um julgamento de procedência da pretensão do lesado, com reparação integral do dano. Autorizar que se aplique a teoria da perda da chance para processos aleatórios já concluídos implicaria o “paraíso de juízes indecisos (*incertains*), [como] dizia o decano Savatier”. A indenização parcial, portanto, demonstraria uma confusão do julgador, entre “o grau de pretensa chance perdida com o grau de sua própria dúvida sobre a causalidade”. No mesmo sentido é a opinião de Yvone

Lambert-Faivre (*Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. 3ª ed., Paris: Dallos, 1996, *apud* Fernando Magalhães, op. loc. cit.)

Essas críticas, conquanto robustas, não justificam a exclusão da doutrina da perda da chance para a seara médica. A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocado, num processo de *mitigação do nexa causal com o resultado*. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da *conditio sine qua non*, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexa causal com o resultado. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma *modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final*. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta *pode* ter contribuído, mas apenas *pela chance de que ele privou a vítima*. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexa causal pode suscitar.

Para a compreensão dessa forma de pensar a matéria, pode-se mencionar a explanação de Rafael Pettefi da Silva (op. cit., pp. 71 e ss.) - conquanto esse autor não advogue a perda da chance como dano autônomo:

A disciplina do 'Law and Economics', tão difundida na América do Norte e comprometida a analisar os efeitos econômicos das instituições jurídicas, passou a considerar o aumento de riscos e a perda de chances como 'commodities', avaliando-os como danos tangíveis, merecedores de grande importância conceitual.

Note-se que essa abertura epistemológica, em relação ao reconhecimento das chances perdidas como danos indenizáveis, é observada como algo indissociável da evolução tecnológica.

(...)

Apesar das críticas ao baixo caráter de certeza que ainda envolvem algumas estatísticas - responsáveis pelo dito popular que estas se

constituíriam em mais uma forma de mentira – acredita-se que, de acordo com o paradigma solidarista, a mesma argumentação utilizada para respaldar a reparação dos danos morais poderia ser aqui utilizada: ‘a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo’.

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexos de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.

Ainda segundo esse autor, cabe ao Professor Joseph King Jr., no direito americano, o esboço dos fundamentos para a admissão da responsabilidade civil pela perda da chance, como uma *modalidade autônoma de dano*. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva:

A propósito, Joseph King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexos de causalidade. O autor afirma que os tribunais têm falhado em identificar a chance perdida como um dano reparável, pois a interpretam apenas como uma possível causa para a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Desse modo, algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta. É exatamente devido a esse erro de abordagem que os tribunais, quando se deparam com a evidente injustiça advinda da total improcedência de uma espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, acabam por tentar modificar o padrão ‘tudo ou nada’ da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano reparável. (pp. 75-76).

O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a *chance*, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexos causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se *direto*. Não há necessidade de se apurar se o *bem final* (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a *chance de viver* lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas *quantificar esse dano*, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.

Não se desconhece as graves críticas que esta posição pode suscitar. Os doutrinadores que têm se dedicado ao estudo do tema mani-

festam justa preocupação com o “risco sistemático” inerente ao tema, receosos quanto à ampliação das possibilidades de relativização do nexo causal. Nesse sentido, podemos citar as seguintes considerações de Rafael Peteffi sobre o assunto:

Saliente-se, conforme já exposto no Capítulo 2, a enorme preocupação que alguns juristas franceses, como René Savatier e Jean Penneau, demonstravam em relação ao **‘perigo sistemático’** engendrado pelas chances perdidas avaliadas após o completo desenrolar do processo aleatório.

Como a certeza absoluta em termos de nexo de causalidade é muito raramente encontrada, não mais seriam observadas condenações integrais dos danos sofridos pela vítima. O juiz deixaria de perquirir quem realmente causou o dano, para saber qual a percentagem de chances que o agente tirou da vítima.

De fato, a regra do tudo ou nada estaria sepultada, pois as sentenças de improcedência também ficariam cada vez mais raras, tendo em vista que a dúvida sobre o nexo de causalidade passaria a gerar uma reparação parcial do prejuízo, ‘medida pelo grau de incerteza que cerca o livre convencimento do juiz’. É por esta razão que René Savatier declarava que a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o paraíso do juiz indeciso.

(...)

Importante observar que, em França, ao aludido ‘perigo sistemático’ representado pela perda da chance de cura é dada tanta importância que, exceto pela célebre manifestação de Jacques Boré, nenhum outro jurista advoga pela aplicação da causalidade parcial. Portanto, mais uma vez se verifica a defesa da fórmula ‘tudo ou nada’ quando se trata de causalidade: ou a vítima resta sem qualquer reparação, já que o nexo causal não foi provado; ou se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar a reparação do dano final.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que a necessidade de se prevenir o referido “risco sistemático” não pode levar à completa negação da teoria para as hipóteses de erro médico, porquanto fazê-lo também poderia gerar resultados catastróficos. Invocando o direito norte-americano, Rafael Peteffi faz, em contraponto aos temores manifestados pela doutrina francesa, as seguintes observações:

Em defesa da adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como principal argumento o caráter pedagógico (deterrence) que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar

o dano causado deve desmotivar o agente, bem como toda a sociedade, de cometer novamente o mesmo ato ofensivo.

A não-adoção da teoria da perda de uma chance permitiria que os profissionais da área da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida. Esta situação é facilmente explicável, pois enorme seria a dificuldade de provar o nexo de causalidade certo e direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela evolução endógena da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar. Assim, a falha médica não se caracterizaria como uma condição necessária para o surgimento do dano.

Em *Mckellips v. Saint Francis Hosp* e em *Roberson v. Counselman*, a Suprema Corte de Oklahoma e a Suprema Corte do Kansas, respectivamente, absorveram bem a matéria, afirmando, ao fundamentar as decisões, que os profissionais da saúde estariam totalmente livres de sua responsabilidade, mesmo em se tratando do erro mais grosseiro, se o paciente apresentasse poucas chances de viver.

A Suprema Corte do Arizona, em *Thompson v. Sun City Community Hosp.*, argumentou que, quando um médico, por falha sua, retira trinta por cento (30%) de chances de sobrevivência de um grupo de cem pacientes, que efetivamente morrem, é 'estatisticamente irrefutável' que alguns desses pacientes faleceram devido à falha médica. Entretanto, o repúdio à teoria da perda de uma chance faz com que nenhum desses pacientes possa requerer qualquer tipo de indenização, já que é impossível provar o nexo de causalidade entre a morte do paciente e a falha médica, decretando a irresponsabilidade absoluta dos médicos.

Há, por derradeiro, uma última crítica à autonomia conceitual da perda da chance, como direito autônomo à reparação civil. Trata-se da seguinte objeção, formulada por Rafael Peteffi (op. Cit., pág. 106 e 107):

A necessidade de arquitetar presunções para provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final ocorre exatamente pela impossibilidade de se admitir um dano autônomo e independente consubstanciado nas chances perdidas. Essa impossibilidade é cabalmente verificada pelo já comentado exercício de argumentação, efetuado por autores franceses e norte-americanos. Nesse sentido, se um médico comete um terrível erro técnico, aumentando o risco de morte de uma paciente (ou diminuindo as suas chances de viver) e, mesmo assim, o paciente recupera a sua saúde perfeita, a maioria da doutrina acredita que não há dano passível de reparação. Portanto, esse 'prejuízo distinto do benefício esperado' parece ser difícil de imaginar nos casos em que o processo aleatório chegou até o final, já que se apresenta dependente da definitiva perda da vantagem esperada pela vítima (pp 106-107).

Essa crítica, contudo, também não se sustenta. No exemplo fornecido por Peteffi não há efetiva perda da chance quanto ao resultado-morte. Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente viveu, não obstante a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído uma chance qualquer. Por questões afeitas à compleição física da vítima ou por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.

Vale lembrar que a oportunidade de obtenção de um resultado só pode se considerar frustrada se esse resultado não é atingido por outro modo. Seria, para utilizar um exemplo mais simples, de perda de chance clássica, o mesmo que discutir a responsabilização de uma pessoa que impediu outra de realizar uma prova de concurso, na hipótese em que essa prova tenha sido posteriormente anulada e repetida.

Talvez no exemplo fornecido por Peteffi seja possível dizer que a correta atuação do profissional de saúde possibilitasse ao paciente um processo de convalescência mais confortável ou mais veloz. Mas nessa situação, poderíamos individualizar um bem jurídico autônomo lesado pela omissão do médico – justamente a chance de gozar de maior qualidade de vida durante a convalescência.

Vê-se, portanto, que, nesta como em tantas outras questões mais sensíveis do direito, sempre haverá muito debate. Contudo, sopesados os argumentos de defesa de cada uma das posições em conflito, a que apresenta melhores soluções é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica. Todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da *quantificação do dano*.

Na hipótese específica dos autos, não obstante reconheça a incidência da teoria da perda da chance – afirmando que, caso tivesse sido atendida pelo recorrido, a menor teria alguma perspectiva de sobrevivência – o i. Min. Relator rejeita o pedido de condenação por danos materiais, sob o argumento de que não se indeniza prejuízo hipotético, ressaltando não haver como afirmar, com certeza, que a conduta do hospital impediria o resultado.

A despeito disso, julga procedente o pedido de indenização moral, afirmando não se tratar de reparação pela morte da criança, mas pela perda da chance de sobrevivência decorrente da omissão do hospital.

Rogando ao i. Min. Relator as mais elevadas vênias, penso ter havido confusão na apreciação do nexo de causalidade enquanto requisito indispensável à caracterização de cada um dos danos. Salvo melhor juízo foram levados em consideração diferentes liames de causalidade: para o dano material buscou-se nexo entre o comportamento do hospital e o resultado morte, enquanto para o dano moral procurou-se nexo entre a referida conduta e a redução de chance de sobrevivência do paciente.

Daí as diferentes conclusões alcançadas, admitindo a existência de dano moral, mas afastando a presença do dano material.

Ocorre que, em se tratando de perda da chance, há um único nexo de causalidade a ser perquirido, ligado, como visto, não ao resultado final (morte) para o qual a conduta do agente pode ou não ter contribuído, mas apenas à oportunidade que se privou. Trata-se, pois, de quantificar em que medida a conduta do hospital contribuiu para a chance (de viver) perdida.

Nesse aspecto, deve-se: (i) verificar a presença de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) confirmar se a ação ou omissão do agente tem nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

A partir daí, a reparação civil pela perda de uma chance se dará pelo estabelecimento de uma indenização para esse bem jurídico autônomo, em uma proporção aplicada sobre o dano final experimentado, fixada conforme a probabilidade da chance perdida de alterar esse resultado danoso.

Transpondo essas considerações para a hipótese dos autos, deve-se apurar se a internação em UTI – impossibilitada pela conduta omissiva do hospital – traria à menor uma chance real e concreta de sobrevivência e, em caso afirmativo, qual seria, percentualmente, essa chance. Esse percentual incidirá sobre o prejuízo integral – material e moral – suportado pelos recorrentes por força do falecimento da menor, atuando como um quantificador do dano, de modo a se obter uma indenização exclusivamente pela perda da chance. Por outro lado, constatada a inexistência de uma oportunidade efetiva de sobrevivência, não estaremos diante de uma perda da chance indenizável.

No particular, porém, o TJ/DF se pautou pela ausência de nexo de causalidade entre a conduta do recorrido e o evento morte, deixando de apreciar, a partir da aplicação da teoria da perda da chance, até que ponto a transferência da menor para o hospital poderia ter evitado o seu falecimento, ou seja, em que medida a sua internação na UTI aumentaria a sua expectativa de vida.

Diante disso, como essa quantificação está a depender do revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, torna-se inviável a aplicação do direito à espécie com base no art. 257 do RISTJ, sendo imperiosa a baixa dos autos à origem para que o Tribunal local assim proceda.

Não bastasse isso, verifica-se que não foi produzida nos autos prova técnica tendente a determinar se a internação em unidade de terapia intensiva teria conferido à paciente uma chance real e concreta de sobrevivência. Trata-se de elemento indispensável à averiguação de se estar diante de uma perda da chance indenizável, o qual não pode ser substituído pela experiência individual dos julgadores, carecedores que são de conhecimento médico específico.

Importante ressaltar, por fim, que esta análise não pode ser obstada por uma suposta falta de legitimidade das partes para pleitear o direito em causa. É verdade, por um lado, que *a oportunidade de cura ou de gozar de uma sobrevida mais confortável* é direito personalíssimo da paciente. Seu falecimento, portanto, não implica transferência desse direito aos herdeiros. Contudo, a oportunidade de gozar a companhia de um ente querido, com ele convivendo livre de sua doença, ou mesmo de acompanhá-lo num processo melhor de convalescência, é direito autônomo de cada uma das pessoas que com o *de cujus* mantinham uma relação de afeto. O dano, portanto, causado pela morte, afeta a todos em sua esfera individual, cada qual por um motivo específico, como sói ocorrer em todas as situações em que se pleiteia indenização por força da perda de um ente querido. Em síntese, indeniza-se a chance perdida de não sofrer o abalo derivado dessa perda.

Forte nessas razões, peço vênias para divergir em parte do voto do i. Min. Relator, reconhecendo a conduta omissiva do hospital recorrido, porém com a determinação de baixa dos autos à origem para que se apure, com base nos parâmetros delimitados na fundamentação e mediante realização de perícia técnica, em que medida essa conduta reduziu a chance de sobrevivência da menor.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

NÚMERO REGISTRO: 2012/0041973-0

PROCESSO ELETRÔNICO: REsp 1.335.622 / DF

NÚMEROS ORIGEM: 20080110907160 20080110907180AGS 907189320088070001

PAUTA: 09/10/2012

JULGADO: 04/12/2012

RELATOR: Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

PRESIDENTE DA SESSÃO: Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

SECRETÁRIA: Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO E OUTRO

ADVOGADO: JOSE EMILIANO PAES LANDIM NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: HOSPITAL SANTA LÚCIA S/A

ADVOGADO: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Material

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento em menor extensão, pediu vista o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Aguarda o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.622 - DF (2012/0041973-0)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO E OUTRO

ADVOGADO: JOSE EMILIANO PAES LANDIM NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: HOSPITAL SANTA LÚCIA S/A

ADVOGADO: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

VOTO-VISTA (CONCORDANTE COM O RELATOR)

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- Meu voto acompanha a conclusão do E. Relator, dando provimento ao Recurso Especial para julgar a ação **procedente em parte** e condenar o Recorrido: **a)** ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 para cada um dos autores, genitores da menor Analice Nascimento de Oliveira (nascida a 6.11.2005 e falecida no dia 22.7.2006), que veio a falecer em meio à omissão de atendimento médico-hospitalar, com juros legais, contados a partir da data do óbito (Súmula 54/STJ), divididas custas e despesas processuais entre as partes e fixados os honorários advocatícios ao patrocínio em prol dos autores em 10% do valor da condenação corrigido (CPC, art. 230, § 3º); **b)** afastar o pensionamento pretendido pelo fato da morte da filha menor, pleiteado pelos Recorrentes na inicial.

2.- Ao exame da petição inicial, que oferece o balizamento de tudo o que é juridicamente licito julgar no processo, em observância aos princípios da adstrição e do contraditório, bem como à análise da sentença, que julgou improcedente a ação, e do Acórdão, que integralmente a confirmou, conclui-se que a ação cumule apenas pretensão à indenização por danos materiais e morais decorrentes do fato da morte da menor – não tendo, a petição inicial, a sentença e o Acórdão recorrido chamado a exame a sofisticada e especialíssima causa de pedir de indenização por perda da chance, não referida em nenhuma dessas peças, causa de pedir essa a que os votos do E. Relator e da E. Min^a. em parte divergente dedicaram, é bom que se diga, algumas das mais eruditas e cuidadosas peças judiciais a respeito da teoria da perda da chance e suas implicações.

3.- Com efeito, a inicial narra os percalços para obtenção do atendimento da menor, de oito meses de idade, iniciados em 18.7.2006, levada ao Hospital Regional de Taguatinga, passando a experimentar piora médica progressiva, com recomendação de transferência a hospital com melhores recursos, obtendo-lhe os médicos vaga no Hospital Santa Lúcia, para o que a Defensoria Pública impetrou Mandado de Segurança, não tendo sido, contudo, a menor, imediatamente internada para passar a receber atendimento, em virtude de questões burocráticas de cumprimento do Mandado de Segurança.

Assim fixou, a inicial, a causa de pedir, sem alusão a indenização por perda de chance: “Estão evidentes que restou configurado os requisitos que enseja a Responsabilidade Civil do Hospital, quais sejam: a) dano material ou moral sofrido por alguém; b) uma ação ou omissão antijurídica imputável; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação ou omissão, restando assim comprovado que existiu a omissão do serviço, ensejando a responsabilidade civil do mesmo” (e-STJ fls. 8) e conclui ubicando legalmente o caso em dispositivos do Código Civil/2002 relativos à responsabilidade civil profissional normal, sem invocação da teoria da perda de uma chance, ou seja, arts. 186, 187, 927 e 951 (e-STJ, fls. 10).

4.- O nexos de causalidade está bem demonstrado, ante a renitência de não atender, procrastinando os cuidados médicos, com grande sofrimento moral para os autores, que padeciam de ver a criança na trilha de perder a vida, o que realmente acabou acontecendo. Houve omissão, realmente, ante o desvio, em vez do atendimento pronto, para os desvios das considerações burocráticas e administrativas, inclusive quanto a requisitos de atendimento a Mandado de Segurança.

5.- Na matéria fática subjacente, fixada pela sentença e pelo Acórdão, em nenhum momento se firmou que a omissão foi a causa da morte da menor, mas, segundo a sentença e o Acórdão, estabeleceu-se que a enfermidade para a qual não encontrada cura é que causou a morte da menor.

Diante dessa conclusão fática, intocável a esta altura (Súmula 7/STJ), impossível estabelecer indenização pelo fato da morte, restando, contudo, a indenização por dano moral, de total evidência inclusive pela sentença e pelo acórdão.

6.- Não ubicada a pretensão em perda de uma chance, resta, realmente, por indenizar os penosos danos material e moral sofridos pelos autores.

7.- Pelo exposto, meu voto acompanha a conclusão do E. Relator, nos termos resumidos ao início deste voto, com fundamento diverso do da perda de uma chance.

Ministro SIDNEI BENETI

RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.622 - DF (2012/0041973-0)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO E OUTRO

ADVOGADO: JOSE EMILIANO PAES LANDIM NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: HOSPITAL SANTA LÚCIA S/A

ADVOGADO: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Srs. Ministros, com a vênia a Sra. Ministra Nancy Andrichi, acompanho o voto do eminente Relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

NÚMERO REGISTRO: 2012/0041973-0

PROCESSO ELETRÔNICO: REsp 1.335.622 / DF

NÚMEROS ORIGEM: 20080110907160 20080110907180AGS 907189320088070001

PAUTA: 18/12/2012

JULGADO: 18/12/2012

RELATOR: Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

PRESIDENTE DA SESSÃO: Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SA-BOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

SECRETÁRIA: Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ALBERDAN NASCIMENTO DE ARAÚJO E OUTRO

ADVOGADO: JOSE EMILIANO PAES LANDIM NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO: HOSPITAL SANTA LÚCIA S/A

ADVOGADO: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO E OUTRO(S)

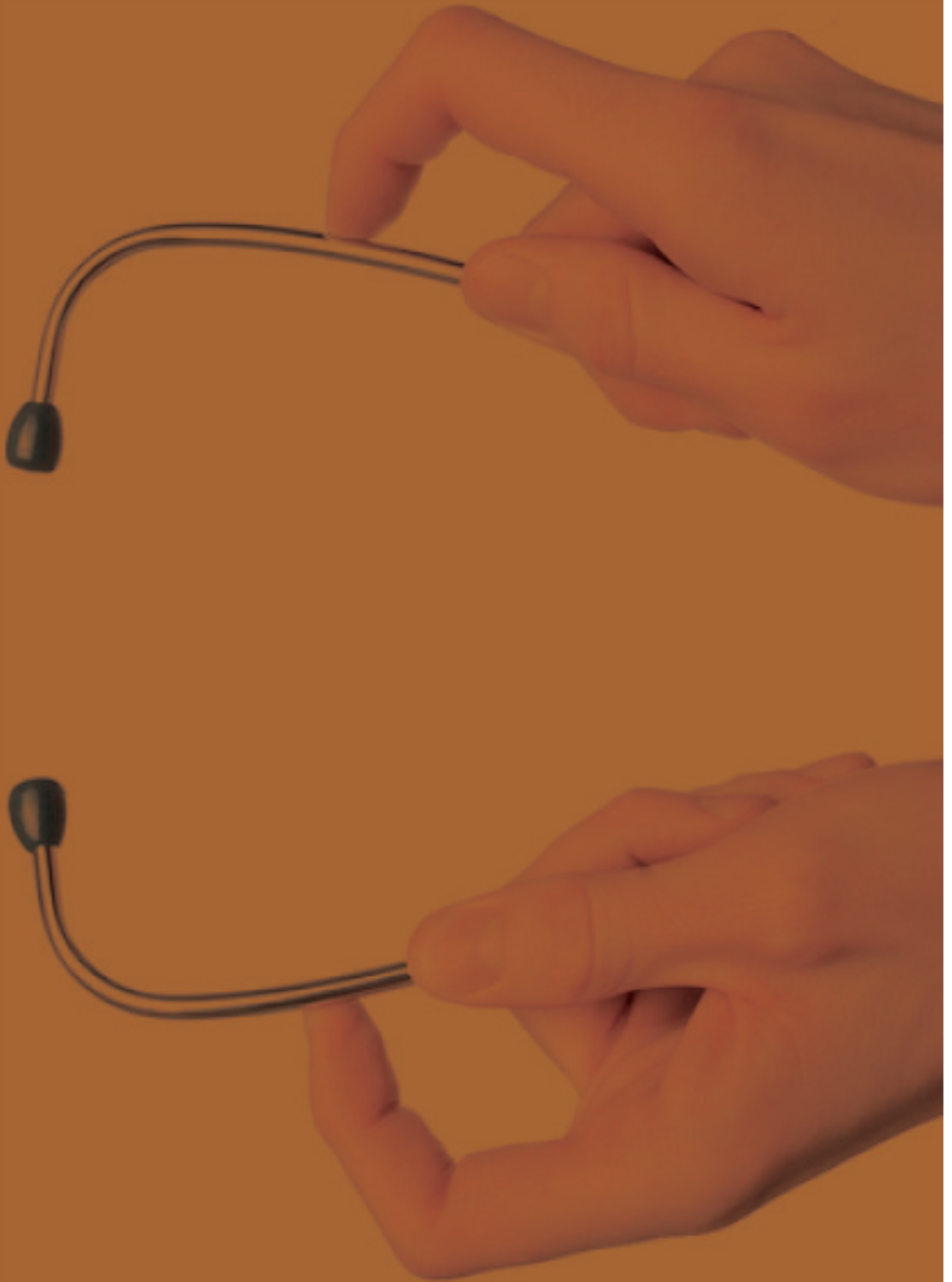
ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Material

www.femipa.org.br

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, a Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Vencida, parcialmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino.





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (III)

IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DOS RECURSOS PÚBLICOS RECEBIDOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS PARA APLICAÇÃO COMPULSÓRIA EM SAÚDE

RECURSO ESPECIAL Nº 1.324.276 - RJ (2012/0053367-9)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: SANATÓRIO DO RIO DE JANEIRO LTDA

ADVOGADO: LUIZ MARCELO PEIXOTO LUBANCO E OUTRO(S)

RECORRIDO: ADILSON VENTO

ADVOGADO: MARINO D'ICARAHY JUNIOR

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITOS DECORRENTES DE SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS POR ENTIDADE PRIVADA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA.

1. A Lei 11.382/2006 inseriu, no art. 649, IX, do CPC, a previsão de impenhorabilidade absoluta dos “recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde, ou assistência social”.
2. Na hipótese, a origem pública dos recursos penhorados está claramente definida.
3. Não é qualquer recurso público recebido pelas entidades privadas que é impenhorável, mas apenas aquele de aplicação compulsória na saúde.

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

4. Os valores recebidos pela entidade privada recorrente *vinculam-se* à contraprestação pelos *serviços de saúde* prestados em parceria com o SUS - Sistema Único de Saúde, razão pela qual são absolutamente impenhoráveis.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.324.276 - RJ (2012/0053367-9)

RECORRENTE: SANATÓRIO DO RIO DE JANEIRO LTDA

ADVOGADO: LUIZ MARCELO PEIXOTO LUBANCO E OUTRO(S)

RECORRIDO: ADILSON VENTO

ADVOGADO: MARINO D'ICARAHY JUNIOR

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por SANATÓRIO DO RIO DE JANEIRO LTDA., com base no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ).

Ação: de rescisão contratual, proposta por ADILSON VENTO em face de SANATÓRIO DO RIO DE JANEIRO LTDA., em fase de cumprimento de sentença.

Decisão interlocutória: deferiu a penhora de 30% sobre os créditos do executado pelos serviços prestados ao SUS, determinando a expedição de mandado e a intimação da Secretaria Municipal de Saúde, gestora das verbas para depósito judicial das quantias até o limite da execução, respeitando-se a arrecadação mensal de até 30% dos valores repassados.

Acórdão: o TJ/RJ, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento interposto por SANATÓRIO DO RIO DE JANEIRO LTDA., por entender que a atividade comercial do recorrente justifica esse tipo de constrição, tratando-se o repasse efetuado pelo SUS de “renda normal a ser utilizada livremente no negócio comercial da entidade, como forma de pagamento pelos serviços” (e-STJ fls. 613/624):

Agravo de Instrumento contra decisão proferida em ação de Rescisão Contratual, onde a Magistrada deferiu a penhora de 30% sobre a renda mensal, recebida do SUS. MANUTENÇÃO, pois essa tem respaldo no art. 655, inciso I do CPC, que traz a devida gradação a ser observada. Jurisprudência sobre a matéria. Atividade comercial do Agravante, que justifica esse tipo de constrição. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Embargos de Declaração: interpostos pela recorrente (e-STJ fl.

629/639), foram rejeitados (e-STJ fl. 644/648).

Recurso especial: interposto como base na alínea “a” do permissivo constitucional (e-STJ fls. 650/669), aponta ofensa aos seguintes dispositivos legais:

(i) art. 649, IX, do CPC, por entender que a renda oriunda do Sistema Único de Saúde é absolutamente impenhorável;

(ii) art. 620 do CPC, pois, ainda que se entenda pela possibilidade de penhora da verba repassada pelo SUS, o percentual de 30% é excessivo, inviabilizando o exercício da atividade do executado, devendo, portanto, ser reduzido.

Exame de admissibilidade: o recurso do autor foi inadmitido na origem pelo TJ/RJ (e-STJ fls. 689/691), tendo sido interposto agravo da decisão denegatória, ao qual dei provimento para subida do recuso especial (e-STJ fl. 747).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.324.276 - RJ (2012/0053367-9)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: SANATÓRIO DO RIO DE JANEIRO LTDA

ADVOGADO: LUIZ MARCELO PEIXOTO LUBANCO E OUTRO(S)

RECORRIDO: ADILSON VENTO

ADVOGADO: MARINO D'ICARAHY JUNIOR

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a verificar se os créditos oriundos do SUS - Sistema Único de Saúde, em razão dos serviços prestados pelo executado na área da saúde são absolutamente impenhoráveis.

I – Da impenhorabilidade dos recursos (violação do art. 649, IX, do CPC)

Após tentativas frustradas de localização de bens passíveis de penhora para satisfação do crédito executado, foi deferido o pedido de penhora, feito pelo recorrido, de 30% sobre os créditos repassados mensalmente ao recorrente pelos serviços prestados ao SUS - Sistema Único de Saúde.

A hipótese é peculiar em relação às outras decisões unipessoais já proferidas por esta Corte em casos similares. Isso porque, nas referidas hipóteses, impugnou-se a penhora efetivada diretamente nas contas bancárias dos executados, não sendo possível a identificação da origem desses recursos, ou seja, se se tratavam de verbas públicas destinadas à saúde ou se advinham de outras fontes de renda particulares, havendo, portanto, incidência da Súmula 7/STJ, o que impediu a análise do mérito da suposta impenhorabilidade com base no art. 649, IX, do CPC. Nesse sentido: Ag 1039514/RJ, de minha relatoria, DJe de 01.08.2008; MC 014693/MT, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 05.09.2008; REsp 705213/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJe de 07.04.2010.

Diferentemente, no recurso analisado, o juiz de primeiro grau determinou a intimação da própria Secretaria Municipal de Saúde, gestora

das verbas, para que efetivasse o depósito judicial das quantias até o limite da execução, ou seja, a origem pública dos recursos penhorados está claramente definida.

A Lei 11.382/2006 inseriu, no art. 649, IX, do CPC, a previsão de impenhorabilidade absoluta dos “recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde, ou assistência social”. Essa restrição à responsabilidade patrimonial do devedor justifica-se em razão da prevalência do interesse coletivo em relação ao interesse particular.

No sistema anterior, embora a impenhorabilidade dos recursos públicos, enquanto pertencentes ao patrimônio de algum ente público, já estivesse garantida pelo disposto no art. 649, I, do CPC, quando eram repassados às entidades privadas, esses recursos passavam a integrar o patrimônio privado, o qual, em regra, está sujeito à penhora.

Nesse contexto, a inserção do inciso IX no art. 649 do CPC visa a garantir a efetiva aplicação dos recursos públicos recebidos pelas entidades privadas às áreas da saúde, educação e assistência social, afastando a possibilidade de sua destinação para a satisfação de execuções individuais promovidas por particulares.

Nas palavras de DANIEL AMORIM ASSUNÇÃO NEVES:

O que certamente norteou o legislador nessa escolha foi a natureza dos recursos recebidos pela instituição privada e a obrigatoriedade de sua aplicação em importantes áreas, tais como a educação, saúde e assistência social. **Ainda que esses valores estejam temporariamente em poder da instituição privada, o legislador levou em conta que essa instituição é meramente intermediária entre o governo e a população que precisa de seus serviços.** Esse sistema criado pela nova visão de ajuda das instituições privadas em atender às demandas que deveriam ser cumpridas diretamente pelo Estado, faz com que os valores que tenham esse fim não possam ser penhorados” (Reforma do CPC 2, São Paulo: RT, 2007, p. 225) (sem destaque no original)

Assim, o simples fato da recorrente se tratar de uma instituição privada, constituída sob a forma de sociedade anônima e, posteriormente, transformada em sociedade limitada, como destacado pelo acórdão recorrido às fl. 617 (e-STJ), não constitui justificativa suficiente para que seja admitida a penhora dos recursos públicos que recebe.

Com efeito, a Constituição Federal dispõe sobre a possibilidade de que as instituições privadas participem 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” (art. 192, §1º, da CF/88).

É comum, no âmbito da saúde, a celebração de convênios entre as entidades privadas e o ente público para a prestação de serviços à população. Consigne-se que, nessas hipóteses, o que se verifica é uma confluência de interesses para uma finalidade comum ou, nas palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para “a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”, em que “todos os partícipes querem a mesma coisa” (*Direito Administrativo*, 19ª Ed., São Paulo: Atlas, p. 337). No mesmo sentido: HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2003, p.383.

Na hipótese, conforme destacado no voto vencido do acórdão recorrido, a transferência de recursos públicos é feita ao recorrente, pela Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, “para o fim de prestar serviço público de grande relevância à sociedade local, vez que é credenciada pelo Sistema Único de Saúde para prestar serviços médicos às pessoas carentes” (e-STJ fl. 619/624).

Importante notar que o art. 649, IX, do CPC não exige que o recebimento dos recursos públicos pelas entidades privadas seja prévio ou anterior à sua aplicação na saúde. Apenas exige que essa seja a destinação dos recursos.

Logo, o fato do recorrente já ter prestado os serviços de saúde quando vier a receber os créditos correspondentes do SUS - Sistema Único de Saúde, não afasta a sua impenhorabilidade.

Isso porque não se trata de mera remuneração por serviços prestados ao ente público, que pode ser utilizado pelo recorrente como ele bem entender, conforme apontado pelo acórdão recorrido (e-STJ fl. 617), mas de *créditos decorrentes dos serviços de saúde já prestados à população necessitada* pelo SANATÓRIO DO RIO DE JANEIRO LTDA.

Em outras palavras, a transferência de recursos só ocorre porque os serviços de saúde são prestados pelo recorrente – há, portanto, a efe-

tiva aplicação dos recursos públicos na saúde, conforme a exigência do art. 649, IX, do CPC.

Nesse sentido, mencione-se a doutrina de ARAKEN DE ASSIS:

Em termos práticos, o art. 649, IX, protege o dinheiro recebido (...) por hospitais, seja a fundo perdido (p. ex. para adquirir equipamentos), **seja em contraprestação aos serviços prestados no âmbito do SUS (Serviço Único de Saúde)** (*Manual da Execução*, 11ª ed.; São Paulo: RT, 2007, p. 224). (sem destaque no original)

Em síntese, não é qualquer recurso público recebido pelas entidades privadas que é impenhorável, mas apenas aquele de aplicação compulsória na saúde.

Diante do exposto, considerando que, na hipótese, (i) a penhora incide diretamente na fonte dos recursos, ou seja, é clara a sua origem pública e (ii) os valores recebidos pela recorrente *vinculam-se* à contraprestação pelos *serviços de saúde* prestados em parceria com o SUS - Sistema Único de Saúde, conclui-se pela impenhorabilidade absoluta dos créditos.

Fica prejudicada a análise das demais questões.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para declarar a impenhorabilidade dos créditos advindos do SUS – Sistema Único de Saúde em razão dos serviços de saúde prestados pelo executado.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

NÚMERO REGISTRO: 2012/0053367-9

PROCESSO ELETRÔNICO: REsp 1.324.276 / RJ

NÚMEROS ORIGEM: 200800125737 201113711475 450933520108190000

PAUTA: 27/11/2012

JULGADO: 04/12/2012

RELATORA: Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

PRESIDENTE DA SESSÃO: Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

SECRETÁRIA: Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: SANATÓRIO DO RIO DE JANEIRO LTDA

ADVOGADO: LUIZ MARCELO PEIXOTO LUBANCO E OUTRO(S)

RECORRIDO: ADILSON VENTO

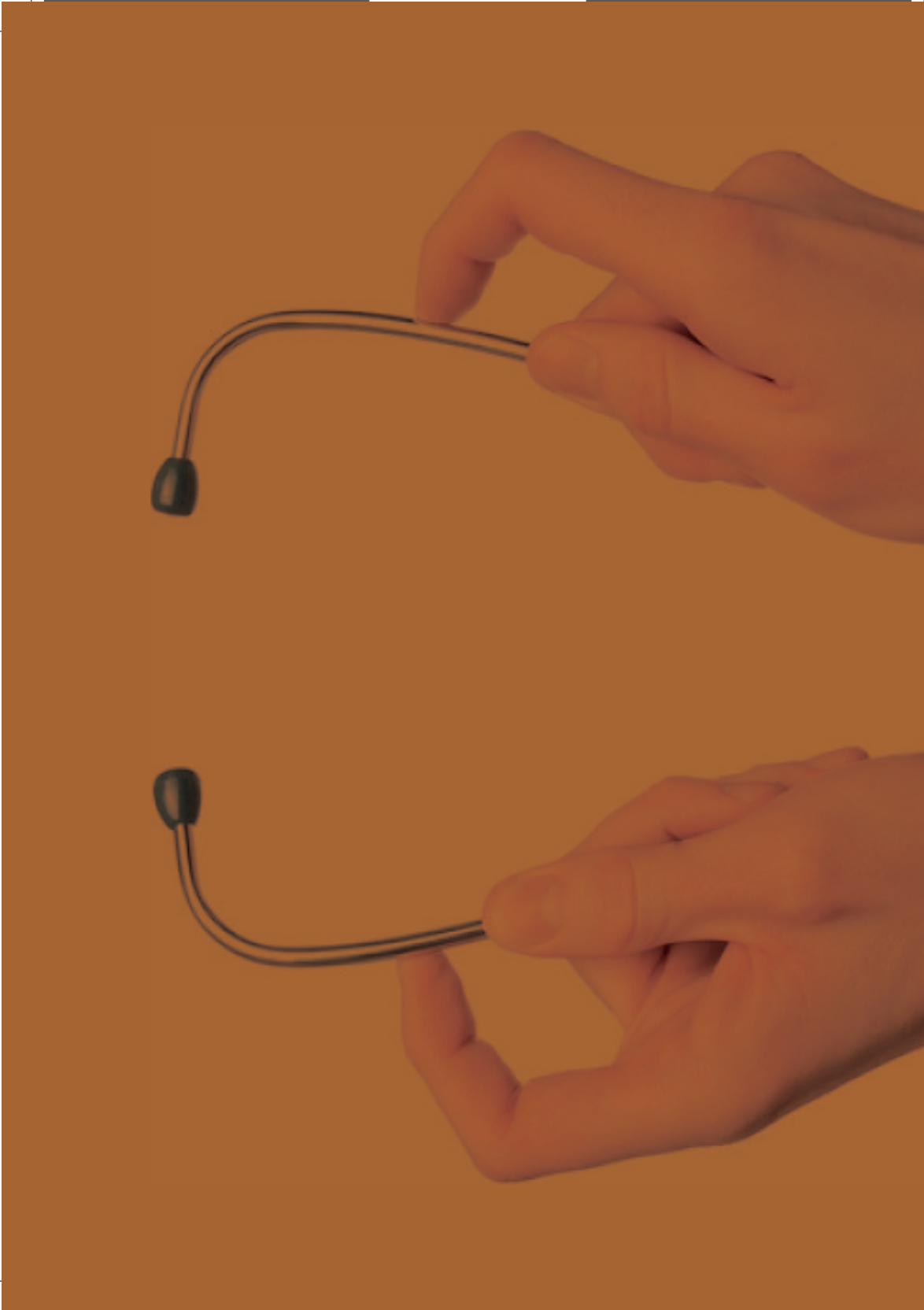
ADVOGADO: MARINO D'ICARAHY JUNIOR

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Compra e Venda

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 Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (IV)

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM CASO DE ERRO MÉDICO

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: JOÃO BATISTA NEIVA

ADVOGADOS: HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)
JOSEMAR PERUSSOLO

RECORRIDO: VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS

REPR. POR: WILSON ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO: MANOEL DINIZ NETO

EMENTA

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

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 parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

RECORRENTE: JOÃO BATISTA NEIVA

ADVOGADOS: HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)
JOSEMAR PERUSSOLO

RECORRIDO: VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS

REPR. POR: WILSON ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO: MANOEL DINIZ NETO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por JOÃO BATISTA NEIVA, com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional, para impugnação de acórdão exarado pelo TJ/PR no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de indenização por dano causado em virtude de erro médico, ajuizada pelo espólio de VILMA DE LIMA OLIVEIRA, pelo viúvo da *de cujus*, WILSON ROCHA DE OLIVEIRA e por seus filhos, em face do médico JOÃO BATISTA NEIVA. Alegam os autores na inicial que o réu tratou a falecida VILMA por força de um câncer de seio. Durante o tratamento da doença, alegam terem sido cometidos uma série de erros, entre os quais se destacam os seguintes: após o tratamento inicial da doença não foi recomendada quimioterapia; a mastectomia realizada foi parcial (quadrantectomia), quando seria recomendável mastectomia radical; não foi transmitida à paciente orientação para não mais engravidar; com o reaparecimento da doença, novamente o tratamento foi inadequado; o aparecimento de metástase foi negado pelo médico; entre outras alegações.

Houve prévio ajuizamento de medida cautelar de produção antecipada de provas, na qual o erro foi confirmado.

Em contestação, o réu negou todos os fatos, defendendo a adequação do tratamento por ele prescrito. Impugnou o laudo pericial. Também apresentou reconvenção, alegando que o processo conteria uma apologia ao suposto erro médico e que a ele seria devida indeniza-

ção, tanto pelo abalo psicológico, como pelo suposto dano de imagem decorrente da acusação de erro contra ele aviada.

Sentença: julgou procedente o pedido principal e improcedente o pedido formulado na reconvenção, condenando o réu a uma indenização de R\$ 120.000,00 pelo dano moral causado, mais a reparação do dano material alegado na inicial.

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação interposto pelo réu.

Acórdão: negou provimento ao recurso, aplicando à hipótese a teoria da Perda da Chance (fls. 1.069 a 1.093, e-STJ). Eis a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PERDA DE UMA CHANCE. CULPA DO MÉDICO AO ESCOLHER TERAPÊUTICA CONTRÁRIA AO CONSENSO DA COMUNIDADE CIENTÍFICA. DEVER DE DISPENSAR AO PACIENTE A MELHOR TÉCNICA E TRATAMENTO POSSÍVEL. CHANCES OBJETIVAS E SÉRIAS PERDIDAS. ERRO TAMBÉM NO ACOMPANHAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

Embargos de declaração: interpostos, foram rejeitados (fls. 1123 a 1.129, e-STJ).

Recurso especial: interposto com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional (fls. 1.137 a 1.169, e-STJ). Alega-se violação dos arts.: (i) 131 e 458, II, do CPC, por deficiência de fundamentação do julgado; (ii) 145, §2º, do CPC, por impossibilidade de acolhimento de laudo pericial elaborado por profissional não especializado; (iii) 186 a 927 do CC/02 pela ausência denexo causal que permitisse a condenação; (iv) 14, §4º do CDC que impede a responsabilização objetiva de profissionais liberais.

Admissibilidade: o recurso não foi admitido na origem, por decisão exarada pelo i. Des. Fernando de Oliveira, 1º Vice-Presidente do TJ/RS, à época, motivando a interposição do Ag 1.317.114/PR, a que dei provimento para melhor apreciação da controvérsia.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: JOÃO BATISTA NEIVA

ADVOGADOS: HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)
JOSEMAR PERUSSOLO

RECORRIDO: VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS

REPR. POR: WILSON ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO: MANOEL DINIZ NETO

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a estabelecer, entre outras questões de natureza processual, se é razoável o critério adotado pelo TJ/PR ao apurar, com fundamento na teoria da Perda da Chance, a responsabilidade civil de um médico oncologista em hipótese em que a perícia apurou a inadequação do tratamento de câncer por ele adotado em paciente que, posteriormente, veio a óbito.

I - Ausência de motivação do acórdão recorrido. Violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC.

O recorrente afirma que o acórdão recorrido é nulo por falta de fundamentação, já que acolheu “decisão do Juízo Monocrático, apesar de reconhecer que a sentença de 1º Grau obrou em equívoco ao deixar de indicar os motivos que levaram a prova pericial a ser rejeitada”.

Contudo, não foi isso que ocorreu. O que o acórdão fez foi declarar válida a sentença que, para a rejeição da prova testemunhal, reportou-se ao parecer exarado pelo MP, na origem. A ressalva feita pelo acórdão foi de que teria sido mais adequado, ainda que não fosse imprescindível, que o juízo monocrático tivesse reproduzido os argumentos do referido parecer. Mas o próprio Tribunal, para extirpar quaisquer dúvidas a respeito, reforça sua argumentação observando, em raciocínio escorreito, que “para as questões essencialmente técnicas o Código de Processo Civil admite um único meio de prova: a pericial (arts. 400, II,

420, I), sem que as testemunhas, por mais conhecimentos que possuam na área, possam substituir o perito”.

Com isso, a fundamentação do julgado tornou-se completa e não há, portanto, violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC.

II - A necessidade de especialização do perito. Violação do art. 145, §2º, do CPC.

Para o recorrente o TJ/PR violou o art. 145, §2º, do CPC, ao permitir que a perícia, relativa aos procedimentos a serem adotados para o tratamento de Câncer de Mama, fosse conduzida, não por oncologista, mas por médico com especialização em Ginecologia, Obstetrícia e Mastologia. Para o recorrente haveria, inclusive, uma incoerência séria no julgado, porquanto o TJ/PR afirma no acórdão, referindo-se à decisão quanto à mastectomia realizada, que “somente um médico com especialização na área poderia (...) dizer se o tumor tinha 2, 5 ou mais centímetros”. Contudo, para a realização da perícia ele admite que um médico sem tal especialização dê a palavra final sobre a adequação do procedimento.

A matéria, contudo, não está prequestionada, ao menos com o enfoque pretendido pelo recorrente. Com efeito, ao julgar os embargos de declaração, o TJ/PR ponderou que a suposta falta de qualificação do perito não poderia ser impugnada naquela sede porquanto a questão “foi anteriormente resolvida em primeiro e em segundo grau - por este Tribunal no agravo de instrumento n. 281.212-2/00 (fls. 542 e seguintes) -, desfavoravelmente ao réu, reputando-se então sem vícios a prova pericial e dispensável a realização de uma segunda perícia”.

Portanto, ao recorrente de pouco serviria impugnar diretamente o mérito da suposta violação à regra do art. 145, §2º, do CPC, que não foi abordado. Ele deveria ter impugnado o acórdão com o fundamento na suposta inexistência de coisa julgada acerca da matéria, que pudesse impedir sua reapreciação, solicitando, inclusive, conforme o caso, a nulidade do acórdão recorrido por violação do art. 535 do CPC. Essa providência não foi tomada, o que leva à rejeição deste capítulo do recurso, seja por força do óbice do Enunciado 283 da Súmula/STF, já que a decisão se sustenta por fundamento inatacado, seja por ausência de

prequestionamento, atraindo o óbice dos Enunciados 282 e 356/STF, bem como 211 da Súmula/STJ.

III - Da indenização fixada. Perda da chance. Nexo causal.

III.a) A aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance na seara médica.

O recorrente afirma que sua condenação não poderia ter sido fundamentada exclusivamente na teoria da Perda da Chance porquanto restaria ausente o indispensável nexos causal, como pressuposto do dever de indenizar (arts. 186 e 927 do CC/02). Com efeito, pondera que o próprio acórdão recorrido admite que, nas hipóteses de perda da chance, existe a possibilidade de o evento danoso se verificar independentemente da conduta do agente a quem se imputa a culpa. Esse fato impossibilitaria a condenação, já que o dano só é indenizável, nos termos da lei civil, se consubstanciar efeito direto e imediato da conduta do agente.

A argumentação é bem desenvolvida e dá, novamente, a esta Corte, a oportunidade de discutir a aplicabilidade da teoria da Perda da Chance, mas aqui sob um novo enfoque: até o momento, tem sido relativamente comum enfrentar recursos especiais em que essa teoria é invocada em situações nas quais há o desaparecimento de uma *oportunidade de ganho* em favor do lesado, a chamada *perda da chance clássica* (Fernando Noronha, *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil*, Vol. 1 - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 669) como ocorreu nos julgamentos: do EREsp 825.037/DF, no qual a Corte Especial do STJ reconheceu o direito à indenização em favor de um candidato impedido de participar de Concurso Público; do REsp 821.004/MG (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 24/9/2010), em que deferiu indenização a candidato a vereador derrotado por reduzida margem de votos, contra quem se plantara notícia falsa às vésperas da eleição; do REsp 788.459/BA (4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13/3/2006), que tratou da injusta desclassificação de um concorrente em programa televisivo de perguntas e respostas, entre outros.

Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre *certeza* quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e *incerteza* quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma *redução percentual* do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes.

Na hipótese dos autos, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia *interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte*. Aqui, a extensão do dano *já está definida*, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência denexo causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas *frustrou a oportunidade de uma cura incerta*. Essa circunstância suscita novos questionamentos acerca da Teoria da Perda da Chance, porquanto a coloca em confronto mais claro com a regra do art. 403 do CC/02, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Exatamente por esse motivo, a doutrina especializada vem mencionando que a Teoria da Perda da Chance nas hipóteses de erro médico *não vem sendo pacificamente aceita no direito comparado*. Tanto Fernando Noronha (op. cit.), como Rafael Peteffi da Silva (*Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise de direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, p. 222 e ss.) dão conta da existência de viva controvérsia no direito francês acerca da matéria. Assim, a partir do trabalho pioneiro de René Savatier, que em primeiro lugar enxergou a diferença aqui apontada, diversos autores vêm negando a aplicação da teoria da perda da chance à seara médica.

A título exemplificativo, Jean Penneau, autor de obra de grande envergadura sobre o tema (*La responsabilité du medecin*. Paris: Dalloz,

1992, *apud* Fernando Noronha, *op. cit.*, 678), afirma que as situações de certeza quanto ao *resultado* e incerteza quanto à *causa* não podem ser dirimidas mediante a simples redução proporcional da indenização. Em vez disso, a incerteza quanto à causa deve ser resolvida em um *processo regular de produção de provas*, de modo que, se comprovado o nexo causal entre a conduta do médico e o prejuízo causado ao paciente, este lhe deverá pagar uma indenização *integral*, não uma indenização proporcional ao grau de plausibilidade da oportunidade perdida. Se não ficar comprovada a culpa, por outro lado, indenização nenhuma será devida. Para o erro médico, portanto, *o critério seria de tudo ou nada*.

Referido autor pondera, inclusive, que a jurisprudência deveria “cessar de se lançar em acrobacias intelectuais - que são a porta aberta a todos os arbítrios - nos termos das quais se pretende indenizar um inapreensível prejuízo intermediário”.

Para os defensores dessa corrente, a dúvida quanto ao nexo causal deveria levar ao julgamento de *improcedência do pedido*. Apenas nas hipóteses em que tal nexo estivesse plenamente demonstrado, poderia haver um julgamento de procedência da pretensão do lesado, com reparação integral do dano. Autorizar que se aplique a teoria da perda da chance para processos aleatórios já concluídos implicaria o “paraíso de juízes indecisos (*incertains*), [como] dizia o decano Savatier”. A indenização parcial, portanto, demonstraria uma confusão do julgador, entre “o grau de pretensa chance perdida com o grau de sua própria dúvida sobre a causalidade”. No mesmo sentido é a opinião de Yvone Lambert-Faivre (*Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. 3ª ed., Paris: Dallos, 1996, *apud* Fernando Magalhães, *op. loc. cit.*)

Essas críticas, conquanto robustas, não justificam a exclusão da doutrina da perda da chance para a seara médica. A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocadamente, num processo de *mitigação do nexo causal*. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da “*conditio sine qua non*”, que é

pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da *mitigação do nexo causal*. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma *modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final*. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta *pode* ter contribuído, mas apenas *pela chance de que ele privou a paciente*. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar.

Para a compreensão dessa forma de pensar a matéria, pode-se mencionar a explanação de Rafael Pettefi da Silva (op. Cit., págs. 71 e ss) – conquanto esse autor não advogue a independência *chance*, como dano autônomo:

A disciplina do ‘Law and Economics’, tão difundida na América do Norte e comprometida a analisar os efeitos econômicos das instituições jurídicas, passou a considerar o aumento de riscos e a perda de chances como ‘commodities’, avaliando-os como danos tangíveis, mercedores de grande importância conceitual.

Note-se que essa abertura epistemológica, em relação ao reconhecimento das chances perdidas como danos indenizáveis, é observada como algo indissociável da evolução tecnológica.

(...)

Apesar das críticas ao baixo caráter de certeza que ainda envolvem algumas estatísticas – responsáveis pelo dito popular que estas se constituiriam em mais uma forma de mentira – acredita-se que, de acordo com o paradigma solidarista, a mesma argumentação utilizada para respaldar a reparação dos danos morais poderia ser aqui utilizada: ‘a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo’.

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexos de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.

Ainda segundo esse autor, cabe ao Professor Joseph King Jr., no direito americano, o esboço dos fundamentos para a admissão da responsabilidade civil pela perda da chance, como uma *modalidade autônoma de dano*. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva:

A propósito, Joseph King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despidianda qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade. O autor afirma que os tribunais têm falhado em identificar a chance perdida como um dano reparável, pois a interpretam apenas como uma possível causa para a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Desse modo, algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta. É exatamente devido a esse erro de abordagem que os tribunais, quando se deparam com a evidente injustiça advinda da total improcedência de uma espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, acabam por tentar modificar o padrão 'tudo ou nada' da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano reparável." (págs. 75 e 76).

O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a *chance*, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se *direto*. Não há necessidade de se apurar se o *bem final* (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a *chance de viver* lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas *quantificar esse dano*, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.

Esta relatora não desconhece as graves críticas que esta posição pode suscitar. Os doutrinadores que têm se dedicado ao estudo do tema manifestam justa preocupação com o "risco sistemático" inerente ao tema, receosos quanto à ampliação das possibilidades de relativização do nexo causal. Nesse sentido, podem-se citar as seguintes considerações de Rafael Peteffi sobre o assunto:

(...) Saliente-se, conforme já exposto no Capítulo 2, a enorme preocupação que alguns juristas franceses, como René Savatier e Jean Penneau, demonstravam em relação ao '**perigo sistemático**' engendrado pelas chances perdidas avaliadas após o completo desenrolar do processo aleatório.

Como a certeza absoluta em termos de nexo de causalidade é muito raramente encontrada, não mais seriam observadas condenações integrais dos danos sofridos pela vítima. O juiz deixaria de perquirir quem realmente causou o dano, para saber qual a percentagem de chances que o agente tirou da vítima.

De fato, a regra do tudo ou nada estaria sepultada, pois as sentenças de improcedência também ficariam cada vez mais raras, tendo em vista que a dúvida sobre o nexo de causalidade passaria a gerar uma reparação parcial do prejuízo, 'medida pelo grau de incerteza que cerca o livre convencimento do juiz'. É por esta razão que René Savatier declarava que a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o paraíso do juiz indeciso.

(...)

Importante observar que, em França, ao aludido 'perigo sistemático' representado pela perda da chance de cura é dada tanta importância que, exceto pela célebre manifestação de Jacques Boré, nenhum outro jurista advoga pela aplicação da causalidade parcial. Portanto, mais uma vez se verifica a defesa da fórmula 'tudo ou nada' quando se trata de causalidade: ou a vítima resta sem qualquer reparação, já que o nexo causal não foi provado; ou se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar a reparação do dano final.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que a necessidade de se prevenir o referido "risco sistemático" não pode levar à completa negação da teoria para as hipóteses de erro médico, porquanto fazê-lo também poderia gerar resultados catastróficos. Invocando o direito norte-americano, Rafael Peteffi faz, em contraponto aos temores manifestados pela doutrina francesa, as seguintes observações:

"Em defesa da adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como principal argumento o caráter pedagógico (deterrence) que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar o dano causado deve desmotivar o agente, bem como toda a sociedade, de cometer novamente o mesmo ato ofensivo.

A não-adoção da teoria da perda de uma chance permitiria que os profissionais da área da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida. Esta situação é facilmente explicável, pois enorme seria a dificuldade de provar o nexo de causalidade certo e direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela evolução endógena da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar. Assim, a falha médica não se caracterizaria como uma condição necessária para o surgimento do dano.

Em *Mckellips v. Saint Francis Hosp* e em *Roberson v. Counselman*, a Suprema Corte de Oklahoma e a Suprema Corte do Kansas, respectivamente, absorveram bem a matéria, afirmando, ao fundamentar as decisões, que os profissionais da saúde estariam totalmente livres de sua responsabilidade, mesmo em se tratando do erro mais grosseiro, se o paciente apresentasse poucas chances de viver.

A Suprema Corte do Arizona, em *Thompson v. Sun City Community Hosp.*, argumentou que, quando um médico, por falha sua, retira trinta por cento (30%) de chances de sobrevivência de um grupo de cem pacientes, que efetivamente morrem, é 'estatisticamente irrefutável' que alguns desses pacientes faleceram devido à falha médica. Entretanto, o repúdio à teoria da perda de uma chance faz com que nenhum desses pacientes possa requerer qualquer tipo de indenização, já que é impossível provar o nexo de causalidade entre a morte do paciente e a falha médica, decretando a irresponsabilidade absoluta dos médicos."

Há, por derradeiro, uma última crítica à qualificação da perda da chance como direito autônomo à reparação civil. Trata-se da seguinte objeção, formulada por Rafael Peteffi (op. Cit., pág. 106 e 107):

"A necessidade de arquitetar presunções para provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final ocorre exatamente pela impossibilidade de se admitir um dano autônomo e independente consubstanciado nas chances perdidas. Essa impossibilidade é cabalmente verificada pelo já comentado exercício de argumentação, efetuado por autores franceses e norte-americanos. Nesse sentido, se um médico comete um terrível erro técnico, aumentando o risco de morte de uma paciente (ou diminuindo as suas chances de viver) e, mesmo assim, o paciente recupera a sua saúde perfeita, a maioria da doutrina acredita que não há dano passível de reparação. Portanto, esse 'prejuízo distinto do benefício esperado' parece ser difícil de imaginar nos casos em que o processo aleatório chegou até o final, já que se apresenta dependente da definitiva perda da vantagem esperada pela vítima". (págs. 106 e 107)

Essa crítica, contudo, também não se sustenta. No exemplo fornecido por Peteffi não há efetiva perda da chance quanto ao resultado-morte. Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente viveu, não obstante a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído uma chance qualquer. Por questões afeitas à compleição física da vítima ou por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.

Vale lembrar que a oportunidade de obter um resultado só pode se considerar frustrada se esse resultado não é atingido por outro modo. Seria, para utilizar um exemplo mais simples, de “perda de chance clássica”, o mesmo que discutir a responsabilização de uma pessoa que impediu outra de realizar uma prova de concurso, na hipótese em que essa prova tenha sido posteriormente anulada e repetida.

Talvez no exemplo fornecido por Peteffi seja possível dizer que a correta atuação do profissional de saúde possibilitasse à vítima um processo de convalescência mais confortável ou mais veloz. Mas nessa situação, poderíamos individualizar um bem jurídico autônomo lesado pela omissão do médico - justamente a chance de gozar de maior qualidade de vida durante a convalescência.

Vê-se, portanto, que, nesta como em tantas outras questões mais sensíveis do direito, sempre haverá muito debate. Contudo, sopesados os argumentos de defesa de cada uma das posições em conflito, a que melhores soluções apresenta é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica. Todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da *quantificação do dano*.

III.b) O preenchimento dos pressupostos da aplicação da Teoria da Perda da Chance na hipótese dos autos e a respectiva consequência.

III.b.1) Os pressupostos

Definida a aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance para a solução da hipótese dos autos, resta analisar, por um lado, o preenchimento de seus pressupostos, e por outro, a adequação das consequências extraídas a partir desses pressupostos pelo TJ/PR. Essa atividade, tendo em vista o óbice do Enunciado nº 7 da Súmula/STJ, tem necessariamente de partir das conclusões, quanto à prova, a que chegou o acórdão recorrido. Ou seja: não pode ser discutido nesta sede o fato, já reconhecido na origem, de que o tratamento dispensado à *de cuius* foi inadequado.

Importante ressaltar que esta discussão não pode ser obstada por uma suposta falta de legitimidade das partes para pleitear o direito em causa. É verdadeiro, por um lado, que *a oportunidade de cura ou de gozar de uma sobrevida mais confortável* é direito personalíssimo da paciente. Seu falecimento, portanto, não implica a transferência desse direito aos herdeiros. Contudo, a oportunidade de gozar a companhia de um ente querido, com ele convivendo livre de sua doença, ou mesmo de acompanhá-lo num processo melhor de convalescência, é direito autônomo de cada uma das pessoas que com o 'de cujus' mantinham uma relação de afeto. O dano, portanto, causado pela morte, afeta a todos em sua esfera individual, cada qual por um motivo específico, como sói ocorrer em todas as situações em que se pleiteia indenização por força do falecimento de um ente querido.

Estabelecido esse pressuposto, para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

Analisando esses fatores, o TJ/PR, inicialmente, pondera que na decisão acerca de um tratamento médico a adotar, o grau de subjetividade sempre é muito grande, dificultando o estabelecimento de uma certeza acerca do agravamento do risco a que estava submetido a paciente. Contudo, o caminho trilhado é o de que *o procedimento correto*, por assim dizer, deve ser estabelecido com os olhos voltados *ao grau de desenvolvimento de uma determinada área científica*. Vale dizer: ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, *ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência*. Não tendo sido adotada essa técnica, o médico responsável terá obrado com culpa no tratamento da paciente.

Da leitura do acórdão recorrido pode-se extrair que: (i) a chance de melhor qualidade de vida ou até a cura da paciente era real e concreta; (ii) que há uma relação direta entre o tratamento inadequado e

a perda de oportunidade de melhor qualidade de vida ou até mesmo de obter a cura da doença; (iii) o fato de a paciente ter gerado filho não rompe o referido nexo de causalidade, entre o tratamento inadequado e a chance perdida; (iv) o dano final está provado, com a morte da vítima.

Analisando a prova dos autos, o TJ/PR concluiu que o procedimento adotado pelo réu não foi adequado porque, em primeiro lugar, a melhor decisão acerca da cirurgia a ser feita para tratamento de câncer de mama depende essencialmente do tamanho do tumor. Na hipótese dos autos, segundo se apurou na perícia, não era possível afirmar com certeza qual o tamanho do tumor que vitimava a paciente, de modo que a sua classificação deveria ter sido estabelecida, necessariamente, como de tamanho *não definido*. Para hipóteses de tumores de tamanho não definido, a comunidade médica, segundo se apurou na perícia, jamais recomenda a cirurgia de quadrantectomia, mas a mastectomia radical.

Em segundo lugar, ficou estabelecido que a recomendação de quimioterapia e a radioterapia feita pelo réu, antes e depois da cirurgia, não observou o protocolo mais adequado, segundo a literatura médica atualizada, sendo que “na doença neoplásica a escolha do tratamento ideal se baseia em dados estatísticos mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento em que a chance de êxito ficou diminuída” (fl. 1.087, e-STJ).

Em terceiro lugar, “houve também culpa no acompanhamento pós-cirúrgico”, uma vez que “o réu deveria ter solicitado outros exames” (fl. 1.088, e-STJ), como cintilografia óssea, mamografia, ultrassonografia de abdômen, raio-x de tórax. O médico, contudo, não seguiu esse procedimento.

Em quarto lugar, as chances de melhora ou mesmo de cura foram consideradas, pela análise do conjunto fático-probatório dos autos, *sérias e objetivas* pelo TJ/PR, uma vez que a perícia estabeleceu que “se o tratamento dispensado fosse a mastectomia radical seguida de quimioterapia e radioterapia nas dosagens recomendadas, as metástases poderiam ter surgido, mas com probabilidade menor que com o tratamento utilizado” (fl. 1.086, e-STJ). A vítima, assim, teria “chances de sobreviver, de cura, ou ao menos de uma sobrevida menos sofrida, mais digna, se tomadas algumas medidas embora tardiamente após a recidiva” (fl.

1.088, e-STJ). Nesse sentido, podem ser destacadas os seguintes trechos do laudo pericial, inteiramente acolhido pelo TJ/PR:

“11 – Se o requerido tivesse adotado outro tratamento desde o início, a metástase teria aparecido? Quais as probabilidades?”

Resposta: Poderia ter aparecido. Mas, com uma probabilidade menor do que com o tratamento que foi utilizado.

12 – Se a requerida tivesse recebido o tratamento específico para a doença quando dos primeiros exames, quando apareceram as dores e as primeiras lesões, qual a probabilidade de cura?”

Resposta: Probabilidade de cura muito baixa, porém, com melhor qualidade de vida.

13 – Após doze sessões de quimioterapia, com 03 diferentes drogas, os exames ainda revelam a doença em evolução. Se outro fosse o tratamento, quais as chances de ter sido controlada a doença?”

Resposta: Depois do aparecimento das metástases, as chances de controlar a doença são poucas e difíceis.

14 – Queira o Sr. Perito prestar outros esclarecimentos que entender necessários.

Resposta: Sim, deveriam ter sido realizadas mamografias.

(fls. 266 a 268, e-STJ)

Disso decorre que o pedido de dano moral formulado e deferido pelo TJ/PR teve como causa de pedir a imperícia médica que resultou numa verdadeira ‘via crucis’ para a vítima, especialmente no período de aparecimento da metástase e a sua morte. Há, portanto, a frustração de uma chance e a obrigação de indenizá-la.

III.b.2) As consequências - o valor da indenização

Como dito acima, a principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é o estabelecimento da indenização para esse bem jurídico autônomo em uma proporção, aplicada sobre o dano final experimentado.

O TJ/PR não desconhece esse fato. Contudo, não o aplica, ponderando que “para a indenização do dano moral” (...) “esse não pode ser o único critério a ser considerado pelo Juiz, exatamente pela característica do dano extrapatrimonial que o tornam de difícil mensuração”. Segundo o acórdão recorrido, as peculiaridades da reparação por dano moral

determinam que o “o número de chances perdidas passa a ser mais um critério dentre outros” (fl. 1.091, e-STJ).

O caminho escolhido pelo Tribunal foi o de valorar, no momento de fixar a indenização, não apenas a função ressarcitória do dano moral, mas notadamente sua função punitiva e dissuasória, tomando em consideração (i) a reprovabilidade da conduta; (ii) a intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido. Com isso, teceu considerações acerca de cada um desses elementos, deixando de ponderar a redução proporcional da indenização que a Teoria da Perda da Chance recomenda.

Essa parcela do acórdão é impugnada no recurso especial com fundamento em que a Perda da Chance leva a uma indenização “não pelos danos sofridos, mas sim por uma chance eventualmente perdida”, de modo que seria imperiosa a redução da reparação fixada, sobretudo considerando que “não só a paciente viveu mais 7 anos (quando o tempo de sobrevivência previsto era de 5 anos), bem como - durante esse tempo - engravidou e deu à luz uma criança sadia, tendo sua gestação transcorrido da maneira mais normal possível, o que é o mais claro indicativo de uma vida com qualidade e normalidade”.

Assiste razão à recorrente nesse ponto. Conforme pondera o i. Des. Miguel Kfoury Neto (que, vale frisar, é autor de obra de extrema envergadura acerca do tema - “Responsabilidade Civil do Médico”, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, 7ª edição: 2010), em acórdão citado no recurso especial (TJ/PR, 8ª Câmara Cível, EIC 0275929-5/01), “em se tratando da perda de uma chance, a indenização jamais poderia corresponder ao prejuízo final, mas tão-somente à chance perdida”.

Assim, ainda que se leve em consideração, para além da reparação devida à vítima, também o indispensável efeito dissuasório da condenação por dano moral, o montante fixado tem de observar a *redução proporcional inerente a essa modalidade de responsabilidade civil*. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico responsabilidade integral pela morte da paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede.

É, portanto, necessário dar solução à causa aplicando o direito à espécie, conforme determina o art. 257 do RI/STJ.

Na hipótese dos autos, há diversos momentos do tratamento em que podem ser identificadas falhas do médico responsável.

No momento inicial, quando do diagnóstico do câncer, a primeira falha está na realização de uma quadrantectomia, em lugar de uma mastectomia radical. Se esse equívoco não tivesse sido cometido, talvez o tumor tivesse sido, de pronto, extirpado. A segunda falha, segundo se apurou em perícia, está no protocolo de sessões de quimioterapia. Se, além da mastectomia radical, esse protocolo tivesse sido seguido, é possível afirmar que as chances de cura fossem bem maiores. A terceira falha está na falta de orientação à paciente quanto aos riscos de gravidez. E a quarta falha está no protocolo seguido após a recidiva da doença.

Nesse sentido, o Perito Judicial apurou que “não se pode afirmar que a existência de metástases foi pela conduta utilizada pelo recorrido, pois em qualquer tratamento, mesmo nos mais preconizados, estas podem ocorrer, embora numa incidência menor” (fl. 272, e-STJ). Todavia, também não se pode negar que a perícia estabeleceu, categoricamente, que se o procedimento correto tivesse sido adotado, haveria possibilidade de cura para a paciente (fl. 274, e-STJ) e que “na doença neoplásica a escolha de tratamento ideal se baseia em dados estatísticos, mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento, em que a chance de êxito ficou diminuída”.

Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado dizer que as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final. Relembro, contudo, que essa redução se reporta aos termos *da sentença*, na qual a indenização foi fixada, de modo que a correção monetária deve incidir desde a data de sua publicação.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, exclusivamente para reduzir em 20% a indenização fixada pela sentença, mantida pelo TJ/PR, com correção monetária a partir da publicação da sentença.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA:

Sr. Presidente, também parablenizo a Sra. Ministra Nancy Andrighi pelo cuidadoso trabalho de pesquisa e de fundamentação.

A chance perdida é um meio jurídico autônomo que não se confunde com o resultado que normalmente se indeniza quando há dano moral, por exemplo, e ela é aferível, sim, pelo princípio da causalidade, mas uma causalidade que utiliza já a estatística para aferir a probabilidade daquela chance perdida.

No caso, de fato, houve imperícia. A fundamentação das decisões, na origem, é impecável. Todos os requisitos da teoria da perda de uma chance foram observados e graduados, de modo que, também no que tange à fixação da indenização, concordo com a eminente Relatora por entender que ali se encontram algumas características que agravam a conduta do médico. Os procedimentos corriqueiros não foram adotados por ele e houve algumas circunstâncias que demonstram que ele poderia ter informado à paciente mais adequadamente sobre aqueles riscos e sobre as possibilidades de sucesso que ela teria, caso adotasse uma outra terapêutica.

Então, concordo inteiramente com a eminente Relatora.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

NÚMERO REGISTRO: 2011/0078939-4

PROCESSO ELETRÔNICO: REsp 1.254.141 / PR

NÚMEROS ORIGEM: 11642002 3595820028160001 415873402

PAUTA: 04/12/2012

JULGADO: 04/12/2012

RELATORA: Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

PRESIDENTE DA SESSÃO: Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

SECRETÁRIA: Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: JOÃO BATISTA NEIVA

ADVOGADOS: HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)
JOSEMAR PERUSSOLO

RECORRIDO: VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS

REPR. POR: WILSON ROCHA DE OLIVEIRA

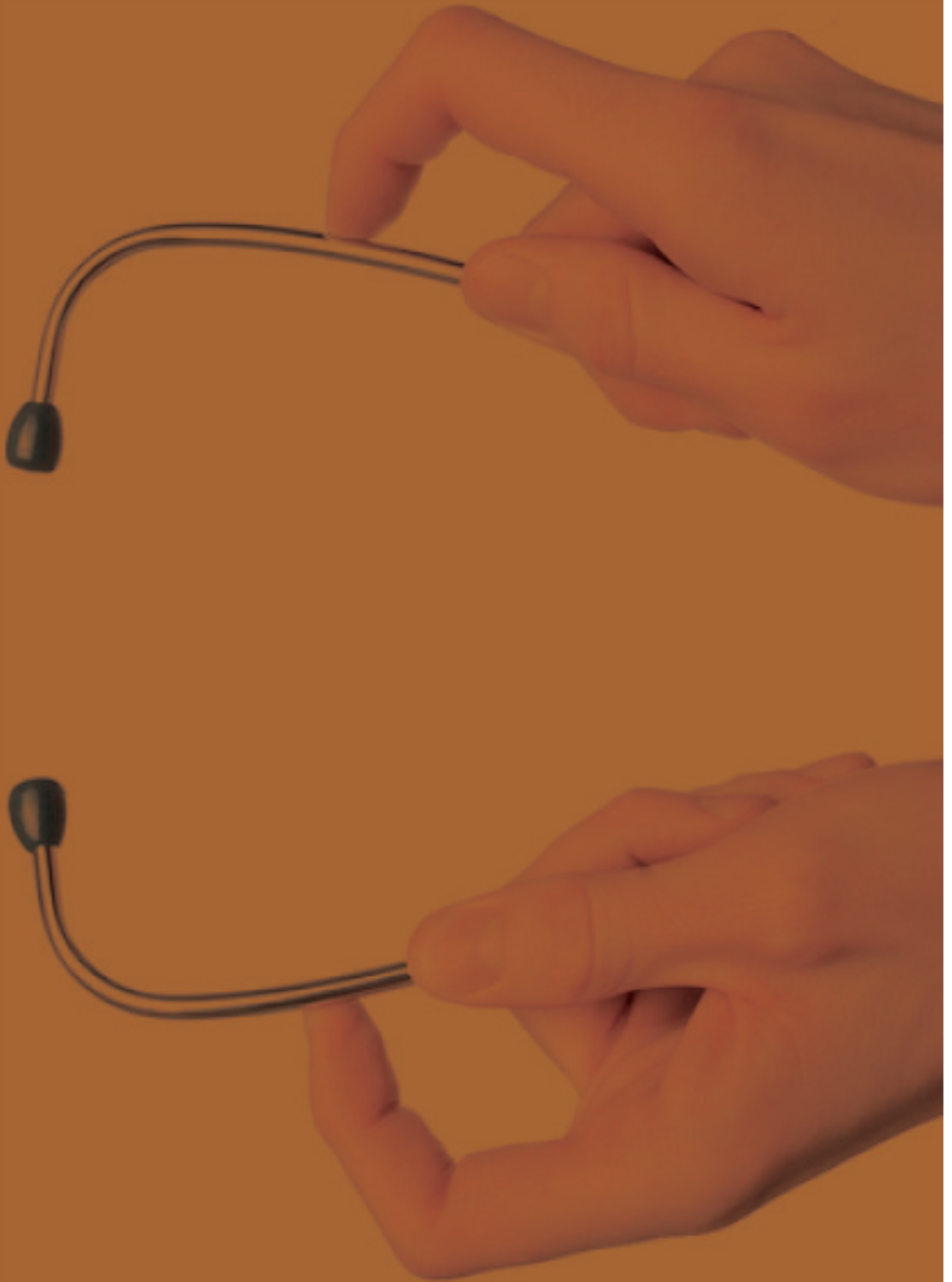
ADVOGADO: MANOEL DINIZ NETO

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, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE USUÁRIO DE DROGAS PELO ESTADO

DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR PSQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. PESSOA USUÁRIA DE DROGAS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO DE FORNECÊ-LA. 1. TEM INTERESSE DE AGIR A PARTE QUE RECORRE À VIA JUDICIAL PARA ALCANÇAR A TUTELA PRETENDIDA. 2. Tratando-se de pessoa USUÁRIA DE DROGAS, agressiva e violenta, é cabível pedir aos entes públicos a sua internação compulsória e o fornecimento do tratamento de que necessita, a fim de assegurar-lhe o direito à saúde e à vida. 3. Os entes públicos têm o dever de fornecer gratuitamente o tratamento de pessoa cuja família não tem condições de custear. 4. Há exigência de atuação integrada do poder público como um todo, isto é, União, Estados e Municípios para garantir o direito à saúde. 5. É solidária a responsabilidade dos entes públicos. Inteligência do art. 196 da CF. Recurso desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70054543095 (Nº CNJ: 0178936-86.2013.8.21.7000)

COMARCA DE SÃO LUIZ GONZAGA

E.R.G.S.

..APELANTE

L.A.R.A.R.R. F.R.R.

.APELADO

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, **negar provimento ao recurso.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), as eminentes Senhoras **DES.^a LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO E DES.^a SANDRA BRISOLARA MEDEIROS.**

Porto Alegre, 17 de julho de 2013.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES,
Relator.

RELATÓRIO

Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (RELATOR)

Trata-se da irresignação do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL com a r. sentença que tornou definitiva a liminar deferida, julgando procedente a ação de internação compulsória que LAUDELINO A. R. e ANA R. R. movem em favor de RONALDO R. contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, para o fim de determinar o pagamento das despesas decorrentes da internação psiquiátrica do favorecido.

Sustenta o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, preliminarmente, a ilegitimidade ativa dos autos na presente demanda. Diz que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois o Município apresenta Gestão Plena do Sistema municipal. No mérito, afirma que, conforme a Lei nº 10.216/2001, o usuário de álcool e drogas deve ser, primeiramente, submetido a tratamento de desintoxicação a nível ambulatorial. Aduz que a internação de usuário de drogas e álcool deverá ocorrer primeiramente em leito clínico, sendo de curta duração e, após este procedimento, “os pacientes serão referendados a serviços extra-hospitalares que fazem parte da rede de serviços da área de abrangência do Município”. Diz que “somente em uma segunda etapa poderá haver a internação psiquiátrica, em casos extremos, sendo necessário

que o paciente faça uma avaliação no CAPS municipal”, porquanto é um serviço especializado e regulador da rede de saúde mental. Afirma que a execução direta dos serviços de saúde pública é de competência municipal, a teor do que dispõe os artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal. Ressalta que o sistema único de saúde disponibiliza alternativas de tratamento de dependentes químicos, seja através de internação psiquiátrica, ou por meio dos CAPS, não cabendo à parte autora a opção por tratamentos de custos mais onerosos aos cofres públicos. Alega que conceder à parte demandante prioridade na lista de internação é favorecê-la em detrimento de outras pessoas que se encontram na mesma situação ou em situação mais gravosa, o que configura afronta ao art. 5º, **caput** e inc. II, 37, **caput** e 196, ambos da Constituição Federal. Pretende a reforma da sentença para julgar improcedente a presente ação. Pede o provimento do recurso.

Intimados, os recorridos ofereceram suas contra-razões, aduzindo que descabe qualquer reparo na bem lançada sentença. Aduzem que a responsabilidade pelo serviço de saúde é solidária entre a União, Estados e município. Pedem o desprovimento do recurso.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria de Justiça lançou parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (RELATOR)

Estou negando provimento ao recurso.

Inicialmente, destaco que não prospera a preliminar de inexistência de condição de ação.

Com efeito, os autores LAUDELINO A. R. e ANA R. R. tem legitimidade ativa para a presente demanda, pois são os genitores do favorecido, que é dependente químico, mostrando-se agressivo e violento com sua família, conforme informado na exordial, bem como pelos documentos juntados à fls. 12/16.

Assim, tratando-se de pessoa que é dependente alcoólico, agressiva e violenta, e sendo pobre a família, é cabível determinar a sua internação, a fim de que se submeta ao tratamento necessário, como forma de

proteção não apenas ao indivíduo, mas também à sua família e à própria sociedade.

Portanto, afastado a preliminar de carência de ação, pois resta indiscutível o interesse processual da parte em buscar a tutela necessária para dar o amparo à saúde do favorecido que é dependente alcoólico.

Já, tendo em mira a relevância da prefacial, focalizo a questão da legitimidade passiva do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, a qual se confunde com o próprio mérito do pleito.

Embora ressaltando a minha linha de entendimento pessoal, que já externei em inúmeros julgados, no sentido de que a obrigação de cada um dos entes públicos deveria ser focalizada dentro do Sistema Público de Saúde, estou revisando meu posicionamento tendo em vista entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se vê:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo determinou à União fornecer ao recorrido o medicamento postulado, tendo em vista a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação. 3. A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 4. Agravo regimental não-provido. AgRg no Ag 858899/RS Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2007/0031240-4 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105). **Órgão Julgador:** T1 - Primeira Turma. Data do Julgamento: 26/06/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 30/08/2007 p. 219.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de ati-

vidade cerebral, coordenação motora e fala). 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda 5. Recurso especial desprovido. REsp 507205/PR. RECURSO ESPECIAL: 2003/0009776-3. Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105). **Órgão Julgador:** T1 - Primeira Turma. Data do Julgamento: 07/10/2003. Data da Publicação/Fonte: DJ 17/11/2003 p. 213.

Portanto, tanto o Estado como o Município têm a obrigação solidária de assegurar tanto avaliação psiquiátrica, como também, se necessário, a internação de que necessita RONALDO R. que é dependente químico. E cabe a cada órgão público buscar o ressarcimento a que faz jus, considerando os termos e responsabilidades estabelecidas nos convênios firmados entre União, Estados e Municípios.

Assim, a responsabilidade dos entes públicos é solidária e há exigência de atuação integrada do Poder Público como um todo, isto é, UNIÃO, ESTADO e MUNICÍPIO para garantir o tratamento de que necessita OTÁVIO J. T. M.

Tratando-se de pessoa que é dependente químico, agressiva e violenta, e sendo pobre a família, é cabível determinar a sua imediata internação compulsória, a fim de que se submeta ao tratamento necessário, como forma de proteção não apenas ao indivíduo, mas também à sua família e à própria sociedade.

Observe, pois, que RONALDO R. efetivamente necessita de internação hospitalar urgente, pois vem apresentando comportamento autodestrutivo, já que faz uso abusivo de drogas e vem se mostrando agressivo para com sua família, como foi informado na exordial, bem como pelos documentos juntados à fls. 12/16.

Trata-se, portanto, de uma situação emergencial, pois está em risco a saúde e a vida de RONALDO R., tratando-se, também, de uma situação excepcional, tendo em mira a gravidade da sua condição pessoal, pois se mostra imprescindível o atendimento da pretensão de seus genitores LAUDELINO A. R. e ANA R. R., ora recorridos...

E, como dito anteriormente, em razão do entendimento pacífico do STJ, é absolutamente irrelevante contra quem a ação foi proposta, tendo em vista que todos os entes públicos são responsáveis solidariamente por garantir a saúde da população, do qual decorre o direito ao atendimento hospitalar, está posto no art. 196 da Constituição Federal, quando diz:

“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.”

Nesse sentido, destaco a orientação neste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO CONTRA A DROGADIÇÃO. OBRIGAÇÃO E SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS. Não há falar em ilegitimidade passiva para a causa, pois o Estado, em todas as suas esferas de poder, deve assegurar o direito à vida e à saúde, fornecendo gratuitamente o tratamento médico cuja família não tem condições de custear. Responsabilidade solidária, estabelecida nos artigos 196 e 227 da Constituição Federal, podendo o autor da ação exigir, em conjunto ou separadamente, o cumprimento da obrigação por qualquer dos entes públicos, independentemente da regionalização e hierarquização do serviço público de saúde, podendo o autor da ação exigir, em conjunto ou separadamente, o cumprimento da obrigação por qualquer dos entes públicos, independentemente da regionalização e hierarquização do serviço público de saúde. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70053482527, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 24/04/2013)

AGRAVO. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO CONTRA DROGADIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO, EM FACE DA SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS NAS AÇÕES E POLÍTICAS DE SAÚDE. CABÍVEL O JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 557 DO CPC, EM FACE DO ENTENDIMENTO DA CÂMARA SOBRE A MATÉRIA RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70053858692, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 24/04/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. SOLIDARIEDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E LEGALIDADE. 1. A Constituição Federal (art. 196) preceitua que “saúde é direito de todos e dever do Estado”, aí entendido

em sentido amplo, contemplando os entes federados União, Estados e Municípios. 2. Estado e Município são sabidamente partes legítimas passivas em demandas que versem sobre internações compulsórias e atendimentos na área de saúde mental e drogadição, mormente por ser o Município gestor do CAPS, órgão que presta os primeiros atendimentos nessa área, inclusive na esfera ambulatorial, dispondo de meios para dar os encaminhamentos necessários à internação, quando indicada, que por sua vez passa pelo gerenciamento do Estado, através do DAHA da Secretaria Estadual de Saúde. 3. Ao Judiciário cabe vigiar o cumprimento da Lei Maior, mormente quando se trata de tutelar o direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, que é dever do Estado (União, Estados e Municípios), como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70052951035, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/04/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. APELO DO ESTADO Legitimidade passiva e solidariedade. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde, não havendo razão para cogitar em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles. Urgência da internação. A dependência química do paciente foi suficientemente comprovada nos autos, e, tendo em vista a gravidade do seu quadro, não há tratamentos ambulatoriais. não é possível postergar a internação APELO DA AUTORA Honorários advocatícios. Configurada a pretensão resistida é adequada à condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios. Em face do entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é de rigor a fixação dos honorários advocatícios em R\$ 400,00 em favor da FADEP. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO ESTADO E DERAM PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 70053517926, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 11/04/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INTERESSE PROCESSUAL. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA. A autora é parte legítima para pleitear a internação do marido para tratamento da dependência química, ainda que maior e capaz. É possível juridicamente o pedido de internação compulsória, encontrando fundamento no 11, caput, do Decreto nº 24.559/34. Está presente o interesse processual da parte, quando esta necessita recorrer ao Poder Judiciário para garantir o direito à saúde, independentemente de prévio pedido administrativo. É dever dos entes públicos promover, solidariamente, o atendimentos à saúde, nos termos do art. 196, da Constituição Federal. Havendo comprovação

da necessidade do tratamento especializado requerido, fazem-se presentes a verossimilhança e o fundado receio de dano irreparável autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70029817954, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 30/04/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE CAMPO BOM. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO CONTRA DROGADIÇÃO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS QUANTO AO DEVER DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE AOS NECESSITADOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70027751452, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 11/03/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA, AUSÊNCIA DE INTERESSE E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. O autor é parte legítima para pleitear a internação do neto para tratamento da dependência química, ainda que maior e capaz. É possível juridicamente o pedido de internação compulsória, encontrando fundamento no art. 11, caput, do Decreto nº 24.559/34. Está presente o interesse processual da parte, quando esta necessita recorrer ao Poder Judiciário para garantir o direito à saúde, independentemente de prévio pedido administrativo. É dever dos entes públicos promover, solidariamente, o atendimento à saúde, nos termos do art. 196, da Constituição Federal. Havendo comprovação da necessidade do tratamento especializado requerido, bem como da impossibilidade da família em custeá-lo, impõe-se o julgamento de procedência do pedido. Não cabe condenar o Município ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, verificada a confusão entre credor e devedor, porquanto a Defensoria Pública é órgão de ente estatal estadual, não sendo caso de transferência de recursos de um ente da federação a outro. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70028656304, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 29/04/2009)

ISTO POSTO, nego provimento ao recurso.

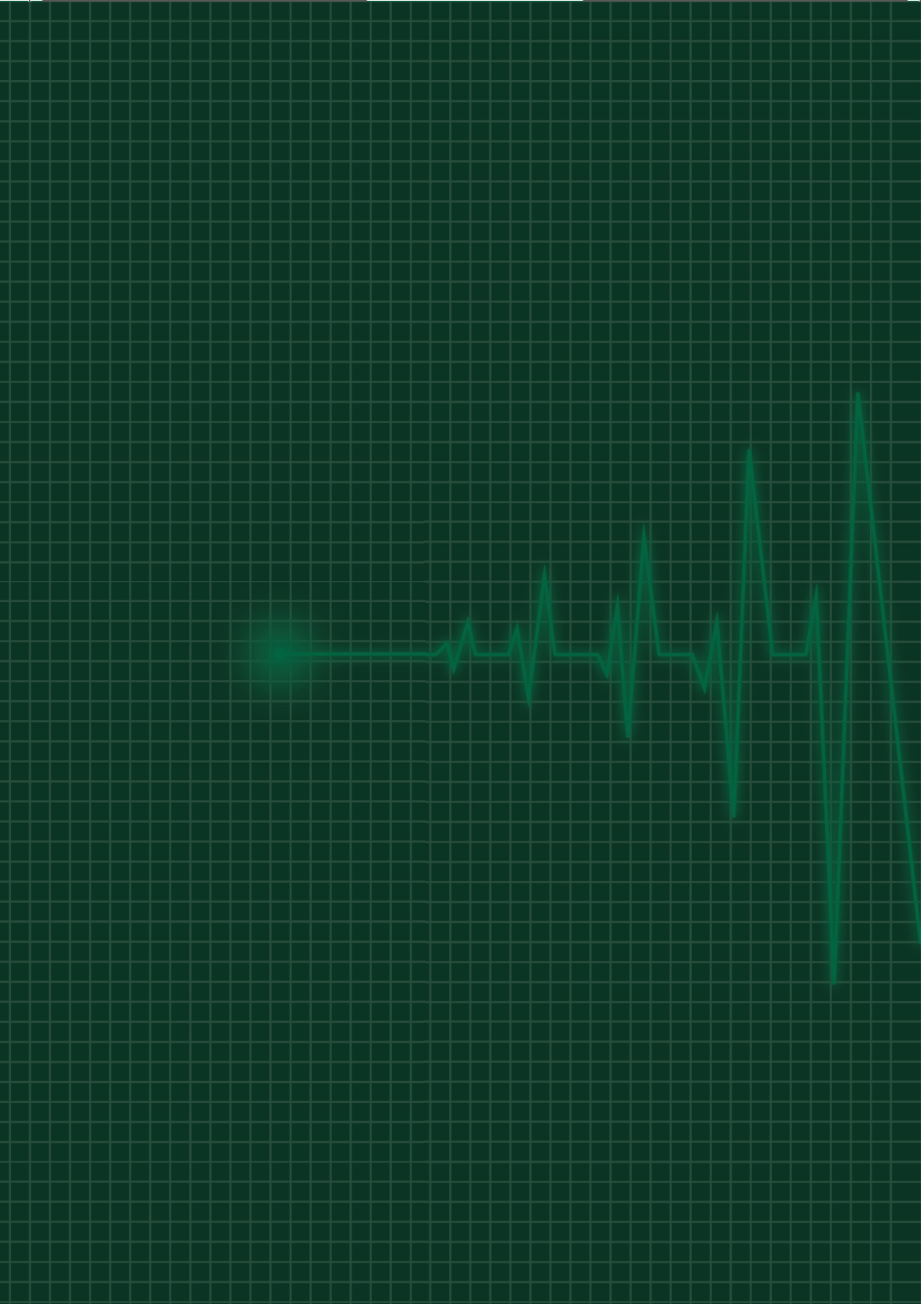
Des.^a Liselena Schifino Robles Ribeiro (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

Des.^a Sandra Brisolará Medeiros - De acordo com o (a) Relator(a).

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES
 - Presidente - Apelação Cível nº 70054543095, Comarca de São Luiz Gonzaga:

“NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: GABRIELA DANTAS BOBSIN





Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013

Mensagem de veto Vigência
Dispõe sobre o exercício da Medicina.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O exercício da Medicina é regido pelas disposições desta Lei.

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para:

- I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;
- II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;
- III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.

Art. 3º O médico integrante da equipe de saúde que assiste o indivíduo ou a coletividade atuará em mútua colaboração com os demais profissionais de saúde que a compõem.

Art. 4º São atividades privativas do médico:

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

I - (VETADO);

II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;

III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias;

IV - intubação traqueal;

V - coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal;

VI - execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral;

VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos;

VIII - (VETADO);

IX - (VETADO);

X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;

XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde;

XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;

XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;

XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

§ 1º Diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios:

I - agente etiológico reconhecido;

II - grupo identificável de sinais ou sintomas;

III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As doenças, para os efeitos desta Lei, encontram-se referenciadas na versão atualizada da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.

§ 4º Procedimentos invasivos, para os efeitos desta Lei, são os caracterizados por quaisquer das seguintes situações:

I - (VETADO);

II - (VETADO);

III - invasão dos orifícios naturais do corpo, atingindo órgãos internos.

§ 5º Excetua-se do rol de atividades privativas do médico:

I - (VETADO);

II - (VETADO);

III - aspiração nasofaringeana ou orotraqueal;

IV - (VETADO);

V - realização de curativo com desbridamento até o limite do tecido subcutâneo, sem a necessidade de tratamento cirúrgico;

VI - atendimento à pessoa sob risco de morte iminente;

VII - realização de exames citopatológicos e seus respectivos laudos;

VIII - coleta de material biológico para realização de análises clínico-laboratoriais;

IX - procedimentos realizados através de orifícios naturais em estruturas anatômicas visando à recuperação físico-funcional e não comprometendo a estrutura celular e tecidual.

§ 6º O disposto neste artigo não se aplica ao exercício da Odontologia, no âmbito de sua área de atuação.

§ 7º O disposto neste artigo será aplicado de forma que sejam resguardadas as competências próprias das profissões de assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia.

Art. 5º São privativos de médico:

I - (VETADO);

II - perícia e auditoria médicas; coordenação e supervisão vinculadas, de forma imediata e direta, às atividades privativas de médico;

III - ensino de disciplinas especificamente médicas;

IV - coordenação dos cursos de graduação em Medicina, dos programas de residência médica e dos cursos de pós-graduação específicos para médicos.

Parágrafo único. A direção administrativa de serviços de saúde não constitui função privativa de médico.

Art. 6º A denominação de “médico” é privativa dos graduados em cursos superiores de Medicina, e o exercício da profissão, dos inscritos no Conselho Regional de Medicina com jurisdição na respectiva unidade da Federação.

Art. 7º Compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos.

Parágrafo único. A competência fiscalizadora dos Conselhos Regionais de Medicina abrange a fiscalização e o controle dos procedimentos especificados no caput, bem como a aplicação das sanções pertinentes em caso de inobservância das normas determinadas pelo Conselho Federal.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 10 de julho de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

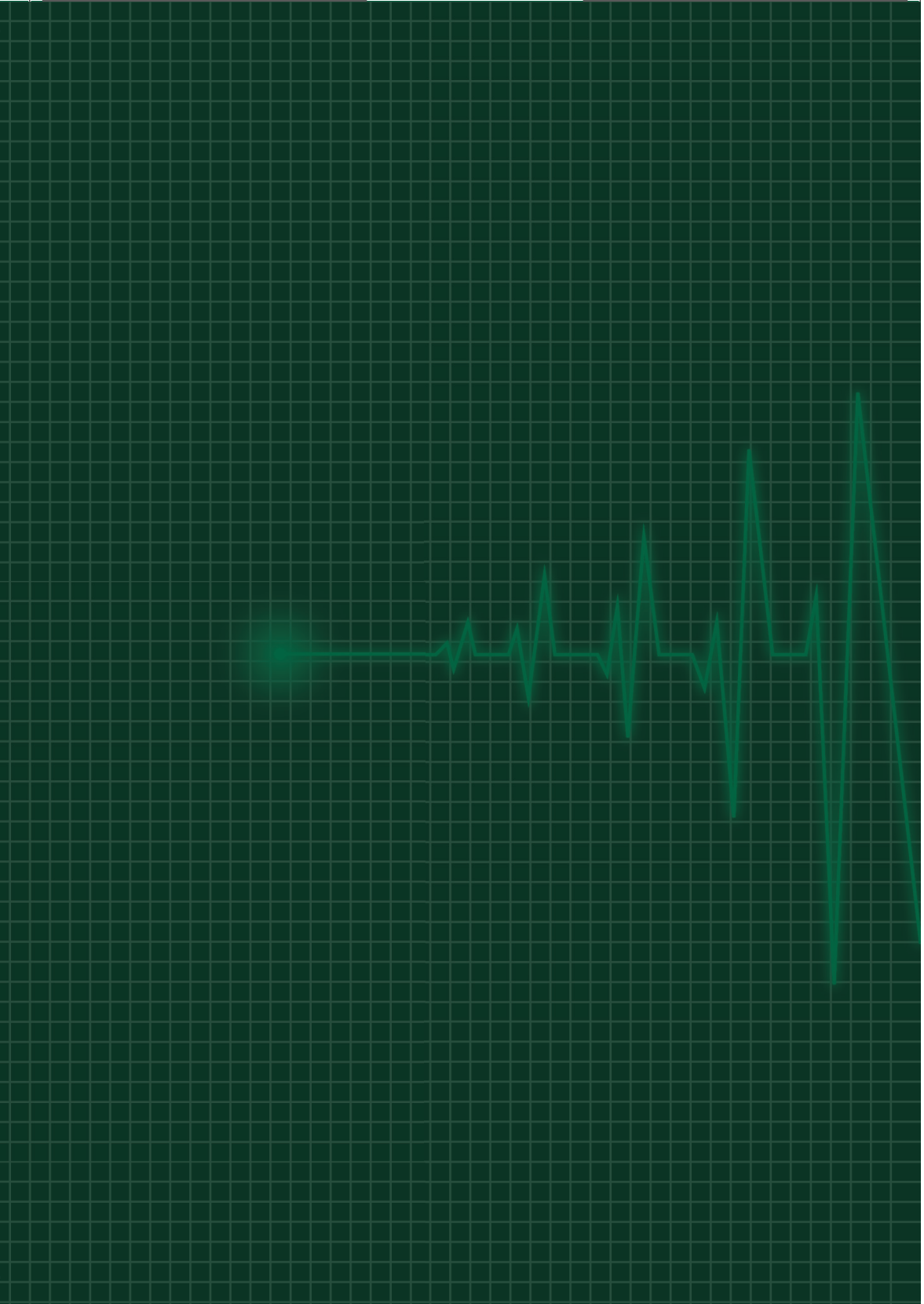
Guido Mantega

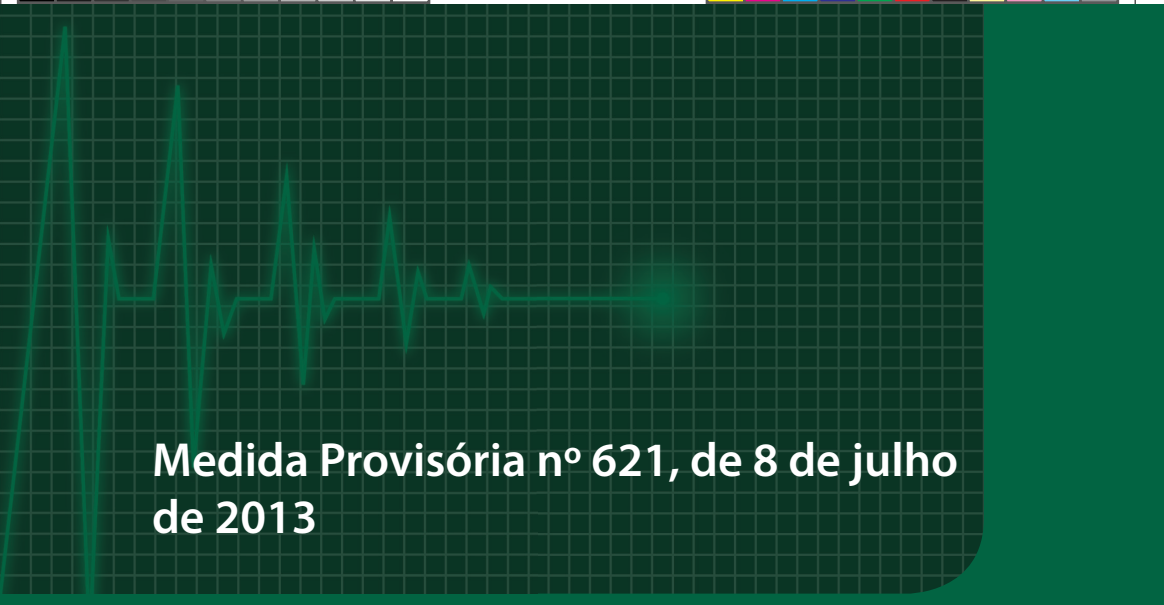

Manoel Dias

Alexandre Rocha Santos Padilha

Miriam Belchior
Gilberto Carvalho

Este texto não substitui o publicado no DOU de 11.7.201





Medida Provisória nº 621, de 8 de julho de 2013

Institui o Programa Mais Médicos e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

CAPÍTULO I **DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º Fica instituído o Programa Mais Médicos, com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde - SUS e com os seguintes objetivos:

I - diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde;

II - fortalecer a prestação de serviços na atenção básica em saúde no País;

III - aprimorar a formação médica no País e proporcionar maior experiência no campo de prática médica durante o processo de formação;

IV - ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS, desenvolvendo seu conhecimento sobre a realidade da saúde da população brasileira;

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

V - fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço, por meio da atuação das instituições de educação superior na supervisão acadêmica das atividades desempenhadas pelos médicos;

VI - promover a troca de conhecimentos e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras;

VII - aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS; e

VIII - estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS.

Art. 2º Para consecução dos objetivos do Programa Mais Médicos, serão adotadas, entre outras, as seguintes ações:

I - reordenação da oferta de cursos de medicina e vagas para residência médica, priorizando regiões de saúde com menor relação de vagas e médicos por habitante e com estrutura de serviços de saúde em condições de ofertar campo de prática suficiente e de qualidade para os alunos;

II - estabelecimento de novos parâmetros para a formação médica no País; e

III - promoção, nas regiões prioritárias do SUS, de aperfeiçoamento de médicos na área de atenção básica em saúde, mediante integração ensino-serviço, inclusive por meio de intercâmbio internacional.

CAPÍTULO II

DA AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE CURSOS DE MEDICINA

Art. 3º A autorização para o funcionamento de curso de graduação em medicina, por instituição de educação superior privada, será precedida de chamamento público, e caberá ao Ministro de Estado da Educação dispor sobre:

I - pré-seleção dos Municípios para a autorização de funcionamento de cursos de medicina, ouvido o Ministério da Saúde;

II - procedimentos para celebração do termo de adesão ao chamamento público pelos gestores locais do SUS;

III - critérios para autorização de funcionamento de instituição de educação superior privada especializada em cursos na área de saúde;

IV - critérios do edital de seleção de propostas para obtenção de autorização de funcionamento de curso de medicina; e

V - periodicidade e metodologia dos procedimentos avaliativos necessários ao acompanhamento e monitoramento da execução da proposta vencedora do chamamento público.

§ 1º Na pré-seleção dos Municípios de que trata o inciso I do **caput**, deverá ser considerada, no âmbito da região de saúde:

I - a relevância e a necessidade social da oferta de curso de medicina; e

II - a existência, nas redes de atenção à saúde do SUS, de equipamentos públicos adequados e suficientes para a oferta do curso de medicina, incluindo, no mínimo, os seguintes serviços, ações e programas:

- a) atenção básica;
- b) urgência e emergência;
- c) atenção psicossocial;
- d) atenção ambulatorial especializada e hospitalar; e
- e) vigilância em saúde.

§ 2º Por meio do termo de adesão de que trata o inciso II do **caput**, o gestor local do SUS compromete-se a oferecer, para a instituição de educação superior vencedora do chamamento público, a estrutura de serviços, ações e programas de saúde necessários para a implantação e para o funcionamento do curso de graduação em medicina.

§ 3º O edital previsto no inciso IV do **caput** observará, no que couber, a legislação sobre licitações e contratos administrativos, exigirá garantia de proposta do participante, e multa por inexecução total ou parcial do contrato, conforme previsto respectivamente no *art. 56* e no *inciso II do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica aos pedidos de autorização para funcionamento de curso de medicina protocolados no Ministério da Educação até a data de publicação desta Medida Provisória.

CAPÍTULO III DA FORMAÇÃO MÉDICA NO BRASIL

Art. 4º Para os ingressantes nos cursos de medicina a partir de 1º de janeiro de 2015, a formação do médico abrangerá dois ciclos distintos e complementares entre si, correspondendo:

I - o primeiro ciclo, à observância das diretrizes curriculares nacionais, com o cumprimento da carga horária não inferior a sete mil e duzentas horas; e

II - o segundo ciclo, a treinamento em serviço, exclusivamente na atenção básica à saúde no âmbito do SUS, com duração mínima de dois anos, conforme regulamentação do Conselho Nacional de Educação - CNE, homologada pelo Ministro de Estado da Educação.

§ 1º O segundo ciclo não dispensa o estudante de medicina do estágio curricular obrigatório de treinamento em serviço supervisionado, em regime de internato, desenvolvido durante o primeiro ciclo do curso e disciplinado em conformidade com as diretrizes curriculares nacionais.

§ 2º Sem prejuízo da necessária supervisão acadêmica a cargo da instituição de educação superior à qual o estudante de medicina esteja vinculado, o segundo ciclo será realizado sob supervisão técnica de médicos, detentores de título de pós-graduação.

§ 3º Durante a realização do segundo ciclo, é assegurada aos estudantes de medicina a percepção de bolsa custeada pelo Ministério da Saúde, em valor estabelecido em ato do Ministro de Estado da Saúde.

Art. 5º Ao estudante de medicina aprovado no primeiro ciclo, conforme certificado expedido pela correspondente instituição de educação superior, será concedida permissão para o exercício profissional da medicina, válida exclusivamente para as atividades do segundo ciclo de formação.

§ 1º A inscrição no segundo ciclo de formação é condição necessária e suficiente para expedição da permissão de exercício profissional de que trata o **caput** pelos Conselhos Regionais de Medicina.

§ 2º O segundo ciclo de formação é considerado componente curricular obrigatório do curso de graduação em medicina e será inscrito no histórico escolar do estudante.

§ 3º O diploma de médico somente será conferido ao estudante de medicina aprovado no segundo ciclo de formação.

§ 4º O segundo ciclo de formação poderá ser aproveitado como uma etapa dos programas de residência médica ou de outro curso de pós-graduação, nos termos definidos pelos Ministérios da Educação e da Saúde, ouvida a Comissão Nacional de Residência Médica - CNRM.

Art. 6º As instituições de ensino superior promoverão a adequação da matriz curricular dos cursos de medicina para atendimento ao disposto nesta Medida Provisória, nos prazos e na forma definida pelo CNE, em parecer homologado pelo Ministro de Estado da Educação.

Parágrafo único. O CNE terá o prazo de cento e oitenta dias, contado da data de publicação desta Medida Provisória, para submeter o parecer referido no **caput** ao Ministro de Estado da Educação.

CAPÍTULO IV DO PROJETO MAIS MÉDICOS PARA O BRASIL

Art. 7º Fica instituído, no âmbito do Programa Mais Médicos, o Projeto Mais Médicos para o Brasil, que será oferecido:

I - aos médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País; e

II - aos médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional.

§ 1º A seleção e ocupação das vagas ofertadas no âmbito do Projeto Mais Médicos para o Brasil observará a seguinte ordem de prioridade:

I - médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País;

II - médicos brasileiros formados em instituições estrangeiras com habilitação para exercício da medicina no exterior; e

III - médicos estrangeiros com habilitação para exercício de medicina no exterior.

§ 2º Para fins do Projeto Mais Médicos para o Brasil, considera-se:

I - médico participante - médico intercambista ou médico formado em instituição de educação superior brasileira ou com diploma revalidado; e

II - médico intercambista - médico formado em instituição de educação superior estrangeira com habilitação para exercício da medicina no exterior.

§ 3º A coordenação do Projeto Mais Médicos para o Brasil ficará a cargo dos Ministérios da Educação e da Saúde, que disciplinarão, por meio de ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde, a forma de participação das instituições públicas de educação superior e as regras de funcionamento do Projeto, incluindo a carga horária, as hipóteses de afastamentos e os recessos.

Art. 8º O aperfeiçoamento dos médicos participantes ocorrerá mediante oferta de curso de especialização por instituição pública de educação superior e envolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão, que terá componente assistencial mediante integração ensino-serviço.

§ 1º O aperfeiçoamento de que trata o **caput** terá prazo de até três anos, prorrogável por igual período caso ofertadas outras modalidades de formação, conforme definido em ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde.

§ 2º A aprovação do médico participante no curso de especialização será condicionada ao cumprimento de todos os requisitos do Projeto Mais Médicos para o Brasil e à aprovação nas avaliações periódicas.

Art. 9º Integram o Projeto Mais Médicos para o Brasil:

I - o médico participante, que será submetido ao aperfeiçoamento profissional supervisionado;

II - o supervisor, profissional médico responsável pela supervisão profissional contínua e permanente do médico; e

III - o tutor acadêmico, docente médico que será responsável pela orientação acadêmica.

§ 1º São condições para a participação do médico intercambista no Projeto Mais Médicos para o Brasil, conforme disciplinado em ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde:

I - apresentar diploma expedido por instituição de educação superior estrangeira;

II - apresentar habilitação para o exercício da medicina no país de sua formação; e

III - possuir conhecimentos de língua portuguesa.

§ 2º Os documentos previstos nos incisos I e II do § 1º sujeitam-se à legalização consular gratuita, dispensada a tradução juramentada, nos termos de ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde.

Art. 10. O médico intercambista exercerá a medicina exclusivamente no âmbito das atividades de ensino, pesquisa e extensão do Projeto Mais Médicos para o Brasil, dispensada, para tal fim, a revalidação de seu diploma nos termos do § 2º do art. 48 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º Fica vedado ao médico intercambista o exercício da medicina fora das atividades do Projeto Mais Médicos para o Brasil.

§ 2º Para exercício da medicina pelo médico intercambista no âmbito do Projeto Mais Médicos para o Brasil será expedido registro provisório pelos Conselhos Regionais de Medicina.

§ 3º A declaração de participação do médico intercambista no Projeto Mais Médicos para o Brasil, fornecida pela coordenação do programa, é condição necessária e suficiente para a expedição de registro provisório pelos Conselhos Regionais de Medicina, não sendo aplicável o art. 99 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e o art. 17 da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957.

§ 4º O registro provisório será expedido pelo Conselho Regional de Medicina no prazo de quinze dias, contado da apresentação do requerimento pela coordenação do programa de aperfeiçoamento, e terá validade restrita à permanência do médico intercambista no Projeto Mais Médicos para o Brasil, nos termos do regulamento.

§ 5º O médico intercambista registrado provisoriamente estará sujeito à fiscalização e ao pagamento das anuidades estabelecidas pelo Conselho Regional de Medicina em que estiver inscrito, conforme legislação aplicável aos médicos inscritos em definitivo.

§ 6º O médico intercambista não participará das eleições do Conselho Regional de Medicina em que estiver inscrito.

Art. 11. As atividades desempenhadas no âmbito do Projeto Mais Médicos para o Brasil não criam vínculo empregatício de qualquer natureza.

Art. 12. O médico intercambista estrangeiro inscrito no Projeto Mais Médicos para o Brasil fará jus ao visto temporário de aperfeiçoamento médico pelo prazo de três anos, prorrogável por igual período em razão do disposto no § 1º do art. 8º, mediante declaração da coordenação do projeto.

§ 1º O Ministério das Relações Exteriores poderá conceder o visto temporário de que trata o **caput** aos dependentes legais do médico intercambista estrangeiro, incluindo companheiro ou companheira, pelo prazo de validade do visto do titular.

§ 2º Os dependentes legais do médico intercambista estrangeiro poderão exercer atividades remuneradas, com emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

§ 3º É vedada a transformação do visto temporário previsto neste artigo em permanente.

§ 4º Aplicam-se os arts. 30, 31 e 33 da Lei nº 6.815, de 1980, ao disposto neste artigo.

Art. 13. Os médicos integrantes do Projeto Mais Médicos para o Brasil poderão perceber bolsas nas seguintes modalidades:

- I - bolsa-formação;
- II - bolsa-supervisão; e
- III - bolsa-tutoria.

§ 1º Além do disposto no **caput**, a União concederá ajuda de custo destinada a compensar as despesas de instalação do médico participante, que não poderá exceder a importância correspondente ao valor de três bolsas-formação.

§ 2º Fica a União autorizada a custear despesas com deslocamento dos médicos participantes e seus dependentes legais, conforme dispuser ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Saúde.

§ 3º Os valores das bolsas e da ajuda de custo a serem concedidas e suas condições de pagamento serão definidos em ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde.

Art. 14. O médico participante enquadra-se como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, na condição de contribuinte individual, na forma da °.

Parágrafo único. Ficam ressalvados da obrigatoriedade de que trata o **caput** os médicos intercambistas:

I - selecionados por meio de instrumentos de cooperação com organismos internacionais que prevejam cobertura securitária específica; ou

II - filiados a regime de seguridade social no seu país de origem, que mantenha acordo internacional de seguridade social com a República Federativa do Brasil.

Art. 15. Poderão ser aplicadas as seguintes penalidades aos médicos participantes do Projeto Mais Médicos para o Brasil que descumprirem o disposto nesta Medida Provisória e nas normas complementares:

I - advertência;

II - suspensão; e

III - desligamento das ações de aperfeiçoamento.

§ 1º Na hipótese do inciso III do **caput**, poderá ser exigida a restituição dos valores recebidos a título de bolsa, ajuda de custo e aquisição de passagens, acrescidos de atualização monetária, conforme definido em ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde.

§ 2º Na aplicação das penalidades previstas neste artigo, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

§ 3º No caso de médico intercambista, o desligamento do programa implicará o cancelamento do registro provisório e do registro de estrangeiro.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a coordenação do Projeto Mais Médicos para o Brasil comunicará o desligamento do médico participante ao Conselho Regional de Medicina e ao Ministério da Justiça.

Art. 16. As demais ações de aperfeiçoamento na área de atenção básica em saúde em regiões prioritárias para o SUS, voltadas especificamente para os médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado, serão desenvolvidas por meio de projetos e programas dos Ministérios da Saúde e da Educação.

§ 1º As ações de aperfeiçoamento de que trata o **caput** serão realizadas por meio de instrumentos de incentivo e mecanismos de integração ensino-serviço.

§ 2º Aplica-se o disposto nos arts. 11, 13, 14 e 15 aos projetos e programas de que trata o **caput**.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 17. Para execução das ações previstas nesta Medida Provisória, os Ministérios da Educação e da Saúde poderão firmar acordos e outros instrumentos de cooperação com organismos internacionais, instituições de educação superior nacionais e estrangeiras, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consórcios públicos e entidades privadas, inclusive com transferência de recursos.

Art. 18. Ficam transformadas, no âmbito do Poder Executivo, sem aumento de despesa, cento e dezessete Funções Comissionadas Técnicas - FCT, criadas pelo *art. 58 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001*, do nível FCT-13, em dez cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, sendo dois DAS-5 e oito DAS-4.

Art. 19. Ficam os Ministérios da Saúde e da Educação autorizados a contratar, mediante dispensa de licitação, instituição financeira oficial federal para realizar atividades relacionadas aos pagamentos das bolsas de que trata esta Medida Provisória.

Art. 20. Fica a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH autorizada a conceder bolsas para ações de saúde, a ressarcir despesas, a adotar outros mecanismos de incentivo a suas atividades institucionais, e a promover as ações necessárias ao desenvolvimento do Programa Mais Médicos, observada a *Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011*.

Art. 21. Poderá ser concedida bolsa para atividades de preceptoria nas ações de formação em serviço nos cursos de graduação e resi-

dência médica ofertados pelas instituições federais de educação superior ou pelo Ministério da Saúde.

Art. 22. Os médicos participantes e seus dependentes legais ficarão isentos do pagamento das taxas e emolumentos previstos nos *arts. 20, 33 e 131 da Lei nº 6.815, de 1980, e no Decreto-Lei nº 2.236, de 23 de janeiro de 1985.*

Art. 23. Para os efeitos do *art. 26 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995*, os valores percebidos a título de bolsa prevista nesta Medida Provisória e na *Lei nº 11.129, de 30 de junho de 2005*, não caracterizam contraprestação de serviços.

Art. 24. O quantitativo dos integrantes dos projetos e programas de aperfeiçoamento de que trata esta Medida Provisória observará os limites dos recursos orçamentários disponíveis.

Parágrafo único. As despesas decorrentes da execução dos projetos e programas previstos nesta Medida Provisória correrão à conta de dotações orçamentárias destinadas aos Ministérios da Educação, da Defesa e da Saúde, consignadas no Orçamento Geral da União.

Art. 25. Os Ministros de Estado da Educação e da Saúde poderão editar normas complementares para o cumprimento do disposto nesta Medida Provisória.

Art. 26. A *Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993*, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

XI - admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de atenção básica em saúde em regiões prioritárias para o Sistema Único de Saúde - SUS, mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação.

.....” (NR)

“Art. 4º

IV - três anos, nos casos das alíneas “h” e “l” do inciso VI e dos incisos VII, VIII e XI do **caput** do art. 2º desta Lei;

Parágrafo único.

V - no caso dos incisos VII e XI do **caput** do art. 2º, desde que o prazo total não exceda seis anos; e

.....” (NR)

Art. 27. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 8 de julho de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF Aloizio Mercadante *Alexandre Rocha Santos Padilha Miriam Belchior*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 9.7.2013

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

EMI nº 00024/2013 MS MEC MP

Brasília, 6 de Julho de 2013

Excelentíssima Senhora Presidenta da República,

1. Submetemos à apreciação de Vossa Excelência o anexo Projeto de Medida Provisória que institui o Programa Mais Médicos, com a finalidade de:

I - diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde;

II - fortalecer a prestação de serviços na atenção básica em saúde no País;

www.femipa.org.br

III - aprimorar a formação médica no País e proporcionar maior experiência no campo de prática médica durante o processo de formação;

IV - ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS, desenvolvendo seu conhecimento sobre a realidade da saúde da população brasileira;

V - fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço, por meio da atuação das instituições de educação superior na supervisão acadêmica das atividades desenvolvidas pelos médicos;

VI - promover a troca de conhecimentos e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras;

VII - aperfeiçoar médicos nas políticas públicas de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS; e

VIII - estimular a realização de pesquisas aplicadas no SUS.

2. O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 define a saúde como direito da sociedade e responsabilidade do Estado, dando as bases para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) conforme a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, o qual tem como princípios e diretrizes a universalidade, a equidade, a integralidade da atenção, a regionalização, a descentralização, a hierarquização e a participação social.

3. Por seu turno, o inciso III do artigo 200 da Constituição Federal de 1988 confere ao SUS a ordenação da formação de recursos humanos em saúde, cujo mercado de trabalho atualmente compõe-se de mais de 3 milhões de trabalhadores que necessitam de constante qualificação e reivindica aperfeiçoamento dos novos profissionais.

4. Por sua vez, o artigo 209 da Constituição Federal estabelece a livre oferta de ensino pela iniciativa privada, desde que atendidas às condições de cumprimento das normas gerais da educação nacional, a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. A oferta de educação superior de qualidade é fundamental para o processo de desenvolvimento nacional e melhoria da qualidade de vida da população.

5. O Plano Nacional de Saúde - 2012/2015 do Ministério da Saúde aponta como estratégia fundamental para o enfrentamento dos principais problemas de acesso da população às ações e serviços de saúde com qualidade a organização do sistema de saúde baseado nas Redes de Atenção à Saúde (RAS) que consistem em estruturas integradas de provisão de ações e serviços de saúde assegurados pelo SUS e tem como princípio a construção de uma intervenção unificada do Ministério da Saúde em articulação com estados, Distrito Federal e municípios.

6. Essas redes demandam ampliação da oferta de serviços públicos de saúde, sendo que com a expansão prevista até 2014 através exclusivamente dos investimentos do Ministério da Saúde, serão criados mais 35.073 postos de trabalho médico.

7. As Redes de Atenção à Saúde devem ser ordenadas pela Atenção Básica à Saúde, que é a porta de entrada prioritária do SUS. Esta se caracteriza por um conjunto de ações de saúde, nos âmbitos individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde das coletividades. Essa modalidade de atenção orienta-se pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do cuidado, da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social.

8. A expansão e a qualificação da atenção básica, organizadas pela estratégia de Saúde da Família, compõem parte do conjunto de prioridades apresentadas pelo Ministério da Saúde e aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), sendo possível verificar que o Brasil avançou muito nas últimas décadas nesta área. Entretanto, o país convive com muitos vazios assistenciais, que correspondem a localidades que não conseguiram prover e fixar profissionais de saúde na atenção básica, em especial os médicos, não garantindo acesso aos serviços básicos de saúde por parte da população brasileira.

9. Compreende-se que a atenção básica bem estruturada possibilita a resolução de até 85% dos problemas de saúde, contribuindo assim

para ordenar as Redes de Atenção à Saúde – RAS e organizar a demanda para outros serviços, tais como os de urgência e emergência.

10. Ressalte-se, ainda, que na 14ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 2011, foi aprovada como diretriz que todas as famílias e todas as pessoas devem ter assegurado o direito a uma equipe de saúde da família.

11. O Brasil possui 359.691 médicos ativos e apresenta uma proporção de 1,8 médicos para cada 1.000 (mil) habitantes, conforme dados primários obtidos no Conselho Federal de Medicina (CFM) e na estimativa populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

12. A proporção de médico/1.000 habitantes constatada no Brasil é menor do que em outros países latino-americanos com perfil socioeconômico semelhante ou países que têm sistemas universais de saúde, a saber: Canadá 2,0; Reino Unido 2,7; Argentina 3,2; Uruguai 3,7; Portugal 3,9; Espanha 4,0 e Cuba 6,7 (*Estadísticas Sanitarias Mundiales* de 2011 e 2012 – Organização Mundial da Saúde – OMS).

13. Não existe parâmetro que estabeleça uma proporção ideal de médico por habitante reconhecido e validado internacionalmente. Para tanto, utiliza-se como referência a proporção de 2,7 médicos por 1.000 habitantes, que é a encontrada no Reino Unido, país que, depois do Brasil, tem o maior sistema de saúde público de caráter universal orientado pela atenção básica. Nesse cenário, para que o Brasil alcance a mesma relação de médicos por habitante seriam necessários mais 168.424 médicos. Mantendo-se a taxa atual de crescimento do número de médicos no país, o atingimento dessa meta só será viável em 2035.

14. A distribuição dos médicos nas regiões do país demonstra uma grande desigualdade, com boa parte dos estados com uma quantidade de médicos abaixo da média nacional. A tabela abaixo demonstra essa distribuição (IBGE/2012 e CFM/2012):

UF	População 2012	Total de Médicos	Médico por 1.000 hab.
Acre	721.006	679	0,94
Alagoas	3.233.234	3.632	1,12
Amapá	662.927	505	0,76
Amazonas	3.534.574	3.744	1,06
Bahia	15.001.484	16.311	1,09
Ceará	8.810.603	9.277	1,05
Distrito Federal	2.741.213	9.494	3,46
Espírito Santo	3.577.833	7.040	1,97
Goiás	6.145.928	8.917	1,45
Maranhão	6.533.540	3.767	0,58
Mato Grosso	3.120.442	3.441	1,10
Mato Grosso do Sul	2.426.518	3.733	1,54
Minas Gerais	20.529.623	37.149	1,81
Pará	7.726.888	5.938	0,77
Paraíba	3.843.916	4.488	1,17
Paraná	10.945.791	18.406	1,68
Pernambuco	9.015.728	12.547	1,39
Piauí	3.214.556	2.971	0,92
Rio de Janeiro	16.383.401	56.391	3,44
Rio Grande do Norte	3.221.581	3.977	1,23
Rio Grande do Sul	11.073.282	24.741	2,23
Rondônia	1.531.920	1.562	1,02
Roraima	445.043	540	1,21
Santa Catarina	6.297.460	10.656	1,69
São Paulo	42.390.043	105.658	2,49
Sergipe	2.074.528	2.701	1,30
Tocantins	1.323.231	1.426	1,08
Total	196.526.293	359.691	1,83

15. Mesmo os estados com mais médicos que a média nacional apresentam importantes diferenças regionais. Um exemplo disso é o Estado de São Paulo que, em apenas cinco de suas regiões, apresenta um número superior a 1,8 médicos a cada mil habitantes (Demografia Mé-

dica no Estado de São Paulo, Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, 2012).

16. Uma das explicações para esse quadro está relacionada ao número insuficiente de vagas nos cursos de graduação em medicina. Apesar de um número absoluto de escolas médicas maior do que alguns países (são 200 escolas médicas), ao analisar-se a proporção de vagas de ingresso para cada 10.000 (dez mil) habitantes, o país apresenta índice significativamente inferior.

17. Enquanto o Brasil tem o índice de 0,8 vaga a cada 10.000 habitantes, outros países têm índices maiores, a saber: Austrália 1,4; Reino Unido 1,5; Portugal 1,6 e Argentina 3,1. Além disso, há estados em que esse índice é ainda menor, tais como Maranhão e Bahia (0,39).

18. A escassez de médicos em diversas regiões se manifesta em análises realizadas sobre o mercado de trabalho, como no estudo “Demografia do Trabalho Médico”, do Núcleo de Educação em Saúde Coletiva da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), baseado em dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS). Consoante esse estudo, entre os anos de 2003 e 2011, para 93.156 egressos dos cursos de medicina foram criados 146.857 empregos formais. Cabe considerar que nestes dados não estão incluídos os médicos que optam por ingressar na residência médica, médicos cooperativados ou autônomos. Desse modo, é possível concluir que uma parcela significativa dos médicos recém-graduados já ingressa no mercado de trabalho com a possibilidade de exercer mais de um emprego formal.

19. A população brasileira percebe e manifesta o desconforto com essa escassez de médicos, que tem impacto no acesso ao SUS. Em estudo do Sistema de Indicadores de Percepção Social, realizado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), em 2011, 58,1% dos 2.773 entrevistados disseram que a falta de médicos é o principal problema do SUS. No mesmo estudo, a resposta mais frequente como sugestão de melhoria para o sistema de saúde foi de aumentar o número de médicos.

20. Desse modo, encontramos um quadro de extrema gravidade, no qual alguns estados apresentam um número insuficiente de médicos

e de vagas de ingresso na graduação, com ausência de expectativa de reversão desse quadro a curto e médio prazos, caso não haja medidas indutoras implementadas pelo Estado. Nesse cenário, a expansão de 2.415 vagas de cursos de medicina, anunciada pelo MEC em 2012, só contribuiria para atingir o número de 2,7 médicos a cada 1.000 habitantes no ano de 2035.

21. O Ministério da Educação autorizou em 2012 a oferta de cerca de 800 vagas privadas em cursos de medicina. Em que pese o aumento de vagas, o atual momento exige a adoção de iniciativas estatais para criar e ampliar vagas em cursos de medicina nos vazios de formação e de assistência, a partir do papel indutor do Estado na regulação da educação superior. Com isso, incentiva-se a criação de instituições de educação superior voltadas à área da saúde e à oferta de cursos de medicina nessas regiões. A autorização para oferta de cursos de medicina obedecerá a uma regulação educacional específica, com a publicação de chamamentos públicos às instituições de educação superior interessadas em se habilitar para atuação nas regiões que apresentem vulnerabilidade social, conforme critérios a serem estabelecidos pelo Ministério da Educação.

22. Além disso, entende-se que é fundamental agregar novas ações para garantir a ampliação da formação de médicos para a atenção básica no país, possibilitando à população brasileira o acesso ao sistema de saúde de qualidade.

23. Uma das iniciativas é a ampliação de 12.000 novas vagas de residência médica acompanhadas da oferta de bolsas, a serem implementadas até 2017, uma vez que se entende a importância dessa modalidade para a fixação de profissionais. Estudo recente denominado Migramed, do Observatório de Recursos Humanos de São Paulo/ObservaRH, de 2012, demonstra que 86% dos médicos permanecem no local em que cursaram a graduação e a residência médica.

24. Uma das medidas proposta é a reformulação da grade curricular dos cursos de medicina, com acréscimo substancial de horas na formação específica na Atenção Básica. A presente Medida Provisória

prevê que, para os ingressantes nos cursos de medicina a partir de 1º de janeiro de 2015, a formação do médico abrangerá dois ciclos distintos e complementares entre si, correspondendo o primeiro ciclo à observância das diretrizes curriculares nacionais, com o cumprimento da carga horária não inferior a 7.200 horas, e o segundo ciclo ao treinamento em serviço, exclusivamente na atenção básica à saúde e em urgência e emergência no âmbito do SUS, com duração mínima de dois anos.

25. O segundo ciclo de formação será considerado componente curricular obrigatório do curso de graduação em medicina, inscrito no histórico escolar do estudante, e constituirá requisito para a obtenção do diploma de médico. Nesse período, o estudante fará jus ao recebimento de uma bolsa, com valor a ser definido pelo Ministério da Saúde. Poderá ainda ser aproveitado como uma etapa dos programas de residência médica ou de outro curso de pós-graduação.

26. Essa nova etapa representa uma importante estratégia para a formação médica, reforçando o conteúdo das Diretrizes Curriculares para os cursos de graduação em Medicina e apontando para a formação generalista de um profissional com senso de responsabilidade social e compromisso de cidadania.

27. Com vistas a enfrentar o problema da escassez de médicos no país, sobretudo em regiões prioritárias para o SUS, o Ministério da Saúde estabeleceu critérios para os municípios que apresentem condições de receber médicos para preenchimento de vagas em equipes de atenção básica, nos termos da Política Nacional de Atenção Básica, devendo o município enquadrar-se em um dos seguintes grupos: a) G100 (municípios com população superior a 80.000 pessoas, com baixa receita per capita e alta vulnerabilidade econômica); b) municípios com 20% ou mais de sua população vivendo em extrema pobreza; c) áreas de maior vulnerabilidade de capitais e regiões metropolitanas; e d) Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs).

28. Além disso, os Ministérios da Saúde e da Educação desenvolvem políticas para responder a necessidade de provimento e fixação de médicos nas diversas regiões do país. Nos anos de 2012 e 2013, foram

realizadas chamadas nacionais para médicos, através do Programa de Valorização do Profissional da Atenção Básica/PROVAB, ofertando a possibilidade de curso de especialização na modalidade integração ensino-serviço em regiões de extrema pobreza e periferias, com incentivo aos participantes mediante acréscimo na pontuação no processo seletivo da residência médica.

29. Na primeira edição do Programa, apesar de uma demanda significativa dos municípios por esses profissionais, somente 381 médicos foram vinculados. Na segunda edição do programa, aderiram 2.838 municípios que solicitaram 13.862 médicos para atuar na atenção básica, sendo que apenas 3.577 médicos foram vinculados ao Programa para atuação em 1.260 municípios.

30. Ainda assim, mesmo com aumento importante na participação de médicos, permanece um número significativo de vagas ociosas, correspondendo a 74,2% da demanda inicial (Sistema de Gerenciamento de Programas da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde do Ministério da Saúde).

31. Tendo em vista a situação descrita acima, a instituição do Projeto Mais Médicos para o Brasil visa possibilitar a seleção de médicos interessados em participar de ações de aperfeiçoamento em atenção básica, em regiões prioritárias para o SUS.

32. Para tanto, serão oferecidos cursos de especialização, concessão de bolsas-formação, bem como será garantida contínua supervisão e acesso a recursos de suporte clínico, a exemplo do Telessaúde.

33. Para execução do Projeto Mais Médicos para o Brasil, além da atuação dos Ministérios da Saúde e da Educação, poderão ser celebrados termos de adesão e compromisso com Estados, Distrito Federal e Municípios, além de instrumentos de cooperação com outros países, organismos internacionais, instituições de educação superior nacionais e estrangeiras, entidades públicas e privadas.

34. Nesse sentido, o Projeto Mais Médicos para o Brasil selecionará médicos para participarem do Projeto, garantindo-se a prioridade

para a escolha de médicos formados em instituições de educação superior nacionais ou com diploma revalidado. Na hipótese de permanecerem vagas não preenchidas, estas serão ofertadas primeiramente a médicos brasileiros formados em instituições estrangeiras com habilitação para exercício da medicina no exterior e, posteriormente, a médicos estrangeiros com habilitação para exercício de medicina no exterior, mediante chamamento público internacional ou celebração de instrumentos de cooperação com organismos internacionais.

35. Deve-se advertir que, no caso de seleção de médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras para participação no Projeto Mais Médicos para o Brasil, o Estado respeitará as diretrizes estabelecidas no Código Global de Práticas para Recrutamento Internacional de Profissionais da Saúde da OMS (2010), que reúne princípios éticos no sentido de reforçar os sistemas dos países em desenvolvimento, incluindo assuntos como a capacidade e a qualidade de formação de profissionais, as políticas de apoio à fixação de profissionais de saúde, a reciprocidade dos benefícios, a coleta e intercâmbio de informações, o monitoramento e a pesquisa no tema. Ao mesmo tempo, é importante considerar a qualidade da formação, conforme as medidas tomadas pela Arco-Sur.

36. Baseado nas premissas preconizadas pela OMS, não poderão ser selecionados médicos oriundos de países que apresentem relação estatística médico/habitante menor que a do Brasil.

37. Ressalte-se que tais medidas não são dotadas de ineditismo, pois diversos países já as adotaram, a exemplo de Reino Unido, Canadá e Austrália.

38. Mesmo países com indicadores de relação médico/habitante superiores a do Brasil recorreram a programas de recrutamento de médicos estrangeiros para garantir o acesso ao sistema de saúde, geralmente com enfoque em áreas remotas. Dados apresentados pela *Organisation for Economic Co-operation and Development* – OECD, em 2009, e pelo *General Medical Council* do Reino Unido, em 2011, demonstram as seguintes proporções de médicos estrangeiros nos respectivos países:

37% no Reino Unido; 25,9% nos Estados Unidos; 22,8% na Austrália e 17,9% no Canadá.

39. No Brasil o percentual de médicos estrangeiros é de 1,79%, conforme dados primários do Conselho Federal de Medicina (2013).

40. Além disso, o médico formado em instituição de educação superior estrangeira será submetido a processo de acolhimento e avaliação, a ser desenvolvido pelos Ministérios da Educação e da Saúde, a fim de garantir a adaptação aos princípios e diretrizes do SUS, a adequação à realidade epidemiológica brasileira e a capacidade de comunicação em língua portuguesa.

41. Também está sendo proposta a criação, mediante transformação, sem aumento de despesa, de Funções Comissionadas Técnicas – FCT em cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS. Os 10 (dez) cargos em comissão (dois DAS-5 e oito DAS-4) que se propõe criar serão alocados em unidades administrativas de órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, para que tenham condições de constituir estrutura que se incumbirá de novas competências e responsabilidades, especialmente as decorrentes do Programa Mais Médicos.

42. A opção pela transformação – em vez da simples criação dos cargos necessários – se dá com a finalidade de neutralizar potencial impacto nas despesas de pessoal, alternativa que, de resto, já foi adotada em outras oportunidades. Dessa forma, a medida proposta não apresenta impacto orçamentário, já que a remuneração total das cento e dezessete Funções Comissionadas Técnicas que deixarão de existir equivale à remuneração total dos dez novos cargos em comissão obtidos com a transformação.

43. Nesse sentido, não obstante a descrição das ações já adotadas e planejadas para mitigar a escassez de médicos no país, as medidas proporcionadas pela presente Medida Provisória contribuirão para a melhoria do cenário da Saúde, notadamente na área da Atenção Básica.

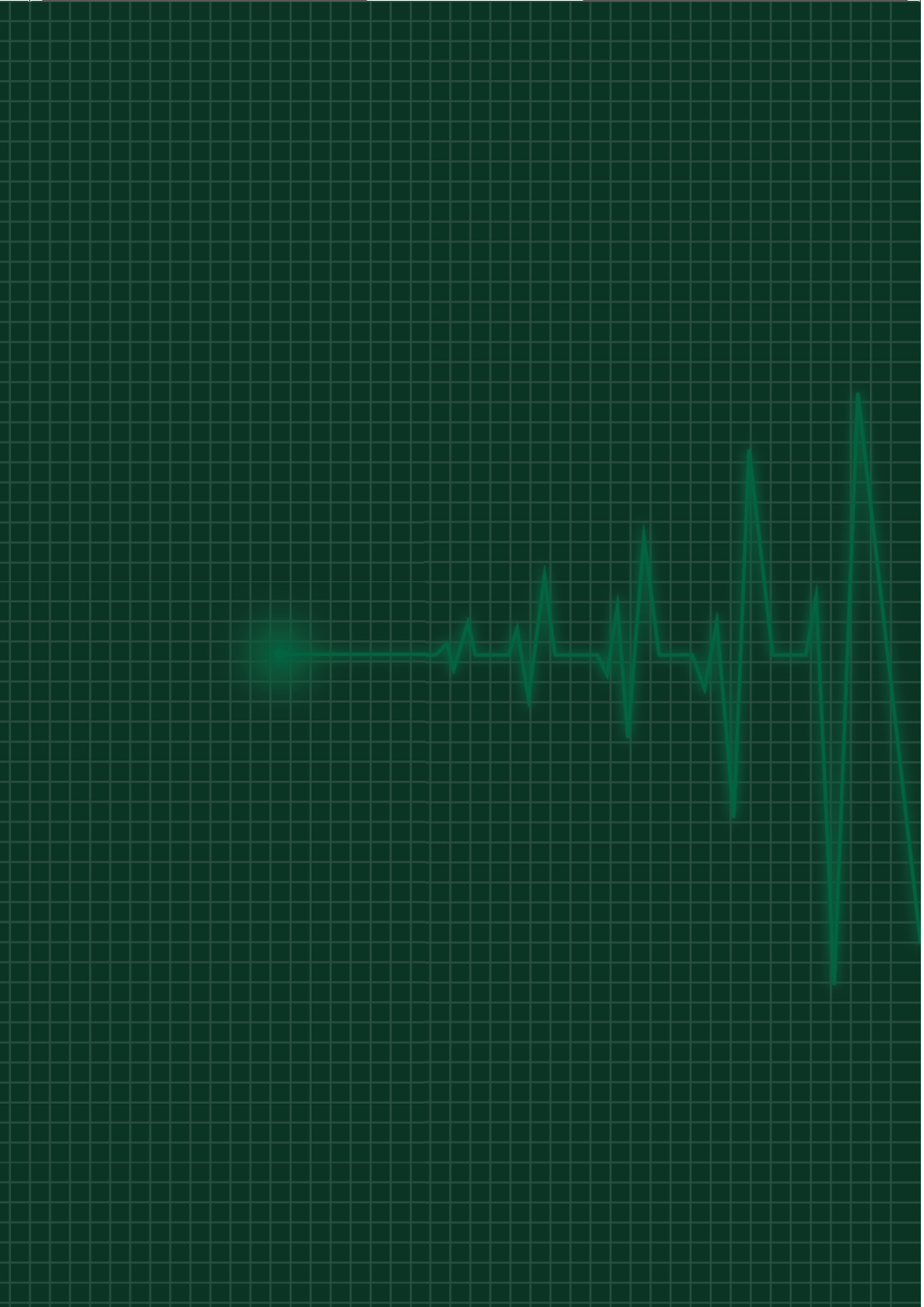
44. O impacto gerado quando da adoção das estratégias traçadas pelo Programa reflete, de forma direta, a abrangência e relevância de tal medida, uma vez que se dará um salto no ingresso de médicos diretamente nas áreas mais necessitadas de profissionais, como já amplamente demonstrado pelos dados lançados nesta Exposição de Motivos.

45. A reordenação dos recursos humanos na área da Saúde e a reformulação da grade curricular dos cursos de medicina – com acréscimo substancial de horas na formação específica na Atenção Básica – visam garantir o acesso a um sistema de saúde universal e de qualidade a toda população brasileira.

46. Por seu turno, no que se refere à urgência da Medida Provisória, é possível verificar que a eficácia das medidas propostas somente será alcançada pela agilidade de sua implementação, de forma coordenada e conjunta.

47. Essas, Senhora Presidenta, são as razões que justificam a elaboração da Medida Provisória que ora submetemos à elevada apreciação de Vossa Excelência.

Respeitosamente,
Alexandre Rocha Santos Padilha
Aloizio Mercadante Oliva
Miriam Aparecida Belchior





Portaria nº 963, de 27 de maio de 2013, do Ministério da Saúde

Redefine a Atenção Domiciliar no âmbito
do Sistema Único de Saúde (SUS).

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e Considerando o disposto no art. 198 da Constituição Federal, que estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem o Sistema Único de Saúde (SUS);

Considerando o art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelece os princípios e diretrizes do SUS, de universalidade do acesso, integralidade da atenção e descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo;

Considerando o art. 15, inciso IV, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que institui o Estatuto do Idoso;

Considerando a Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de serviços correspondentes e dá outras providências, regulamentando a assistência domiciliar no SUS;

Considerando o Decreto nº 7.508, de 29 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 1990;

Considerando a Portaria nº 399/GM/MS, de 22 de fevereiro de 2006, que divulga o Pacto pela Saúde 2006 - Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do referido Pacto;

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

Considerando a Portaria nº 699/GM/MS, de 30 de março de 2006, que regulamenta as Diretrizes Operacionais dos Pactos pela Vida e de Gestão;

Considerando a Portaria nº 1.600/GM/MS, de 7 de julho de 2011, que reformula a Política Nacional de Atenção às Urgências e institui a Rede de Atenção às Urgências no SUS;

Considerando a Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) nº 11, de 26 de janeiro de 2006, que dispõe sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar;

Considerando a Portaria nº 672/SAS/MS, de 18 de outubro de 2011;

Considerando a Humanização como Política transversal na Rede de Atenção à Saúde do SUS, expressa no documento: “HumanizaSUS: Documento base para gestores e trabalhadores do SUS”, de 2008;

Considerando a atenção domiciliar como incorporação tecnológica de caráter substitutivo ou complementar à intervenção hospitalar de baixa e média complexidade, aos cuidados iniciados nos Serviços de Atenção à Urgência e Emergência, e complementar à Atenção Básica; e

Considerando a necessidade de reformulação da Portaria nº 2.527/GM/MS, de 27 de outubro de 2011, resolve:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Fica redefinida a Atenção Domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 2º Para efeitos desta Portaria, considera-se:

I - Atenção Domiciliar: nova modalidade de atenção à saúde, substitutiva ou complementar às já existentes, caracterizada por um conjunto de ações de promoção à saúde, prevenção e tratamento de doenças e reabilitação prestadas em domicílio, com garantia de continuidade de cuidados e integrada às redes de atenção à saúde;

II - Serviço de Atenção Domiciliar (SAD): serviço substitutivo ou complementar à internação hospitalar ou ao atendimento ambulatorial,

responsável pelo gerenciamento e operacionalização das Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar (EMAD) e Equipes Multiprofissionais de Apoio (EMAP); e

III - Cuidador: pessoa com ou sem vínculo familiar com o usuário, capacitada para auxiliá-lo em suas necessidades e atividades da vida cotidiana.

Art. 3º A Atenção Domiciliar tem como objetivo a reorganização do processo de trabalho das equipes que prestam cuidado domiciliar na atenção básica, ambulatorial, nos serviços de urgência e emergência e hospitalar, com vistas à redução da demanda por atendimento hospitalar e/ou redução do período de permanência de usuários internados, a humanização da atenção, a desinstitucionalização e a ampliação da autonomia dos usuários.

Art. 4º A Atenção Domiciliar é um dos componentes da Rede de Atenção às Urgências e será estruturada de forma articulada e integrada aos outros componentes e à Rede de Atenção à Saúde, a partir dos Planos de Ação, conforme estabelecido na Portaria nº 1.600/GM/MS, de 7 de julho de 2011.

Art. 5º A Atenção Domiciliar seguirá as seguintes diretrizes:

I - ser estruturada na perspectiva das Redes de Atenção à Saúde, tendo a atenção básica como ordenadora do cuidado e da ação territorial;

II - estar incorporada ao sistema de regulação, articulando-se com os outros pontos de atenção à saúde e com serviços de retaguarda;

III - ser estruturada de acordo com os princípios de ampliação do acesso, acolhimento, equidade, humanização e integralidade da assistência;

IV - estar inserida nas linhas de cuidado por meio de práticas clínicas cuidadoras baseadas nas necessidades do usuário, reduzindo a fragmentação da assistência;

V - adotar modelo de atenção centrado no trabalho de equipes multiprofissionais e interdisciplinares; e

VI - estimular a participação ativa dos profissionais de saúde envolvidos, do usuário, da família e do cuidador.

CAPÍTULO II DA ORGANIZAÇÃO DA ATENÇÃO DOMICILIAR

Seção I Do Serviço de Atenção Domiciliar (SAD)

Art. 6º São requisitos para que os Municípios tenham SAD:

I - apresentar, isoladamente ou por meio de agrupamento de Municípios, conforme pactuação prévia na Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e, se houver, na Comissão Intergestores Regional (CIR), população igual ou superior a 20.000 (vinte mil) habitantes, com base na população estimada pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);

II - estar coberto por Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192); e

III - possuir hospital de referência no Município ou região a qual integra.

Parágrafo único. Nos Municípios com população superior a 40.000 (quarenta mil) habitantes, a cobertura por serviço móvel local de atenção às urgências diferente do SAMU 192 será, também, considerada requisito para a implantação de um SAD.

Art. 7º As equipes de atenção domiciliar que compõem o SAD são:

I - EMAD, que pode ser constituída como:

a) EMAD Tipo 1; e

b) EMAD Tipo 2; e

II - EMAP.

§ 1º As EMAD e EMAP devem ser cadastradas no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES), conforme regras operacionais de cadastramento previstas em ato específico do Ministro de Estado da Saúde.

§ 2º Parágrafo único. A EMAD é pré-requisito para constituição de um SAD, não sendo possível a implantação de uma EMAP sem a existência prévia de uma EMAD.

Art. 8º A EMAD terá a seguinte composição mínima:

I - EMAD Tipo 1:

- a) profissionais médicos, com somatório de carga horária semanal (CHS) de, no mínimo, 40 (quarenta) horas de trabalho;
- b) profissionais enfermeiros, com somatório de CHS de, no mínimo, 40 (quarenta) horas de trabalho;
- c) profissional fisioterapeuta e/ou assistente social, com somatório de CHS de, no mínimo, 30 (trinta) horas de trabalho; e
- d) - auxiliares/técnicos de enfermagem, com somatório de CHS de, no mínimo, 120 (cento e vinte) horas de trabalho; e

II - EMAD Tipo 2:

- a) profissional médico, com CHS de, no mínimo, 20 (vinte) horas de trabalho;
- b) profissional enfermeiro, com CHS de, no mínimo, 30 (trinta) horas de trabalho;
- c) 1 (um) fisioterapeuta com CHS de, no mínimo, 30 (trinta) horas de trabalho ou 1 (um) assistente social com CHS de, no mínimo, 30 horas de trabalho; e
- d) auxiliares/técnicos de enfermagem, com somatório de CHS de, no mínimo, 120 (cento e vinte) horas de trabalho.

Parágrafo único. Nenhum profissional componente de qualquer EMAD poderá ter CHS inferior a 20 (vinte) horas de trabalho.

Art. 9º A EMAP terá composição mínima de 3 (três) profissionais de nível superior, escolhidos dentre as ocupações listadas abaixo, cuja soma das CHS dos seus componentes acumularão, no mínimo, 90 (noventa) horas de trabalho:

- I - assistente social;
- II - fisioterapeuta;
- III - fonoaudiólogo;
- IV - nutricionista;
- V - odontólogo;
- VI - psicólogo;

VII - farmacêutico; e

VIII - terapeuta ocupacional.

Parágrafo único. Nenhum profissional componente da EMAP poderá ter CHS inferior a 20 (vinte) horas de trabalho.

Art. 10. Para composição de um SAD:

I - em Municípios com população igual ou superior a 40.000 (quarenta mil) habitantes, o SAD será composto por EMAD Tipo 1 e poderá, ainda, contar com EMAP; e

II - para Municípios com população inferior a 40.000 (quarenta mil) habitantes:

a) em Municípios com população entre 20.000 (vinte mil) e 40.000 (quarenta mil) habitantes, o SAD será composto por EMAD Tipo 2 e poderá contar com EMAP; e

b) em Municípios que, agrupados, somem população igual ou superior a 20.000 (vinte mil) habitantes, o SAD será composto por EMAD Tipo 2 e poderá contar com EMAP e/ou apoio do Núcleo de Apoio à Saúde da Família.

Art. 11. As EMAD serão organizadas a partir de uma base territorial, sendo referência em atenção domiciliar para uma população definida, e se relacionarão com os demais serviços de saúde que compõem a rede de atenção à saúde, em especial com a atenção básica.

Parágrafo único. Considera-se quantidade de usuários de referência para o funcionamento da EMAD o cuidado, concomitante, em média, de 60 (sessenta) usuários para EMAD Tipo 1 e 30 (trinta) usuários para EMAD Tipo 2.

Art. 12. Cada EMAD atenderá uma população adstrita de 100.000 (cem mil) habitantes.

Parágrafo único. Em Municípios com população menor que 100.000 (cem mil) habitantes, a EMAD atenderá população adstrita igual à população do Município.

Art. 13. Quando clinicamente indicado, será designada EMAP para dar suporte e complementar as ações de saúde da atenção domiciliar.

Art. 14. Todos os Municípios com 1 (uma) EMAD implantada poderão implantar 1 (uma) EMAP, sendo possível a implantação de mais 1 (uma) EMAP a cada 3 (três) EMAD a mais implantadas.

§ 1º Ao atingir a população de 150.000 (cento e cinquenta mil) habitantes, o Município poderá implantar 1 (uma) segunda EMAD.

§ 2º Após atingir a população de 150.000 (cento e cinquenta mil) habitantes, o Município poderá constituir, sucessivamente, 1 (uma) nova EMAD a cada 100.000 (cem mil) novos habitantes.

Art. 15. Em Municípios com porte populacional que permita a implantação de mais de 1 (uma) EMAD, fica facultada a organização do SAD a partir de arranjos diferenciados compostos por EMAD responsáveis pelo cuidado de pacientes com características específicas, podendo-se, nesses casos, adscrever usuários de uma base territorial mais ampla que a sugerida nos termos do art. 14.

Art. 16. A admissão do usuário ao SAD exigirá a sua prévia concordância e de seu familiar ou, na inexistência de familiar, de seu cuidador, com assinatura de termo de consentimento livre e esclarecido.

Art. 17. O SAD organizará o trabalho da EMAD no formato de cuidado horizontal (diarista) de segunda a sexta-feira, com jornada de 12 (doze) horas/dia de funcionamento, e garantirá o cuidado à saúde nos finais de semana e feriados, podendo utilizar nesses casos o regime de plantão, de forma a assegurar a continuidade da atenção em saúde.

Seção II **Das Modalidades de Atenção Domiciliar**

Art. 18. A Atenção Domiciliar será organizada em três modalidades:

- I - Atenção Domiciliar tipo 1 (AD1);
- II - Atenção Domiciliar tipo 2 (AD2); e
- III - Atenção Domiciliar tipo 3 (AD3).

Parágrafo único. As modalidades previstas no “caput” observarão a complexidade e as características do quadro de saúde do usuário, bem como a frequência de atendimento necessário.

Art. 19. Nas três modalidades de Atenção Domiciliar, as equipes responsáveis pela assistência têm como atribuição:

I - trabalhar em equipe multiprofissional e integrada à rede de atenção à saúde;

II - identificar e treinar os familiares e/ou cuidador dos usuários, envolvendo-os na realização de cuidados, respeitando os seus limites e potencialidades;

III - abordar o cuidador como sujeito do processo e executor das ações;

IV - acolher demanda de dúvidas e queixas dos usuários e familiares e/ou cuidador como parte do processo de Atenção Domiciliar;

V - elaborar reuniões para cuidadores e familiares;

VI - utilizar linguagem acessível a cada instância de relacionamento;

VII - promover treinamento pré e pós-desospitalização para os familiares e/ou cuidador dos usuários;

VIII - participar da educação permanente promovida pelos gestores;

IX - assegurar, em caso de óbito, que o médico da EMAD, nas modalidades AD2 e AD3, ou o médico da Equipe de Atenção Básica, na modalidade AD1, emita o atestado de óbito; e

X - apoiar na alta programada de usuários internados em hospitais inseridos no Município no qual atuam, através do estabelecimento de fluxos e protocolos com estes estabelecimentos de saúde.

Art. 20. A modalidade AD1 destina-se aos usuários que:

I - possuam problemas de saúde controlados/compensados e com dificuldade ou impossibilidade física de locomoção até uma unidade de saúde;

II - necessitem de cuidados de menor complexidade, incluídos os de recuperação nutricional, de menor frequência, com menor necessi-

dade de recursos de saúde e dentro da capacidade de atendimento das Unidades Básicas de Saúde (UBS); e

III - não se enquadrem nos critérios previstos para as modalidades AD2 e AD3 descritos nesta Portaria.

Art. 21. A prestação da assistência à saúde na modalidade AD1 é de responsabilidade das equipes de atenção básica, por meio de visitas regulares em domicílio, no mínimo, 1 (uma) vez por mês.

§ 1º As equipes de atenção básica que executarem as ações na modalidade AD1 serão apoiadas pelos Núcleos de Apoio à Saúde da Família e ambulatórios de especialidades e de reabilitação.

§ 2º Os equipamentos, os materiais permanentes e de consumo e os prontuários dos usuários atendidos na modalidade AD1 ficarão instalados e armazenados na estrutura física das próprias UBS.

Art. 22. A modalidade AD2 destina-se aos usuários que possuam problemas de saúde e dificuldade ou impossibilidade física de locomoção até uma unidade de saúde e que necessitem de maior frequência de cuidado, recursos de saúde e acompanhamento contínuo, podendo ser oriundos de diferentes serviços da rede de atenção.

Art. 23. A inclusão para cuidados na modalidade AD2 será baseada na análise da necessidade de saúde do usuário, tomando-se como base as situações abaixo listadas:

I - demanda por procedimentos de maior complexidade, que podem ser realizados no domicílio, tais como: curativos complexos e drenagem de abscesso, entre outros;

II - dependência de monitoramento frequente de sinais vitais;

III - necessidade frequente de exames de laboratório de menor complexidade;

IV - adaptação do usuário e/ou cuidador ao uso do dispositivo de traqueostomia;

V - adaptação do usuário ao uso de órteses/próteses;

VI - adaptação de usuários ao uso de sondas e ostomias;

VII - acompanhamento domiciliar em pós-operatório;

VIII - reabilitação de pessoas com deficiência permanente ou transitória, que necessitem de atendimento contínuo, até apresentarem condições de frequentarem outros serviços de reabilitação;

IX - uso de aspirador de vias aéreas para higiene brônquica;

X - acompanhamento de ganho ponderal de recém-nascidos de baixo peso;

XI - necessidade de atenção nutricional permanente ou transitória;

XII - necessidade de cuidados paliativos; e

XIII - necessidade de medicação endovenosa, muscular ou subcutânea, por tempo pré-estabelecido.

Parágrafo único. Na modalidade AD2 será garantido, se necessário, transporte sanitário e retaguarda para as unidades assistenciais de funcionamento 24 (vinte e quatro) horas/dia, definidas previamente como referência para o usuário, nos casos de intercorrências.

Art. 24. A modalidade AD3 destina-se aos usuários que possuam problemas de saúde e dificuldade ou impossibilidade física de locomoção até uma unidade de saúde, com necessidade de maior frequência de cuidado, recursos de saúde, acompanhamento contínuo e uso de equipamentos, podendo ser oriundos de diferentes serviços da rede de atenção à saúde.

Art. 25. Para que o usuário seja incluído para cuidados na modalidade AD3, é necessário que se verifique:

I - existência de pelo menos uma das situações admitidas como critério de inclusão para cuidados na modalidade AD2; e

II - necessidade do uso de, no mínimo, um dos seguintes equipamentos/procedimentos:

a) Suporte Ventilatório não invasivo:

i. Pressão Positiva Contínua nas Vias Aéreas (CPAP);

ii. Pressão Aérea Positiva por dois Níveis (BIPAP);

b) diálise peritoneal; ou

c) paracentese.

Parágrafo único. Na modalidade AD3 será garantido transporte sanitário e retaguarda para as unidades assistenciais de funcionamento 24 (vinte e quatro) horas/dia, definidas previamente como referência para o usuário, nos casos de intercorrências.

Art. 26. O usuário não será incluído no SAD, em qualquer das três modalidades, na presença de pelo menos uma das seguintes situações:

- I - necessidade de monitorização contínua;
- II - necessidade de assistência contínua de enfermagem;
- III - necessidade de propedêutica complementar, com demanda potencial para a realização de vários procedimentos diagnósticos, em sequência, com urgência;
- IV - necessidade de tratamento cirúrgico em caráter de urgência; ou
- V - necessidade de uso de ventilação mecânica invasiva contínua.

Art. 27. O descumprimento dos acordos assistenciais entre a equipe multiprofissional avaliadora e o usuário e familiares ou cuidadores poderá acarretar na exclusão do usuário do SAD, com garantia de continuidade do atendimento ao usuário em outro serviço adequado ao seu caso.

Art. 28. Nas modalidades AD2 e AD3 a admissão de usuários dependentes funcionalmente, assim considerados nos termos da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Organização Mundial da Saúde em maio de 2001, por meio da Resolução WHA 54.21, será condicionada à presença de um cuidador identificado.

Art. 29. As modalidades AD2 e AD3 contarão, no estabelecimento de saúde ao qual estão vinculados, com infraestrutura especificamente destinada para o seu funcionamento que contemple:

- I - equipamentos;
- II - material permanente e de consumo;
- III - aparelho telefônico; e
- IV - veículo(s) para garantia da locomoção das equipes.

§ 1º Os equipamentos e os materiais citados no “caput”, bem como os prontuários dos usuários atendidos nas modalidades AD2 e AD3, serão instalados na estrutura física de uma unidade de saúde municipal, estadual ou do Distrito Federal, a critério do gestor de saúde.

§ 2º Não é obrigatório que o SAD possua sede própria, podendo estar vinculado a um estabelecimento de saúde.

Art. 30. A prestação de assistência à saúde nas modalidades AD2 e AD3 é de responsabilidade da EMAD e da EMAP, ambas designadas para esta finalidade.

§ 1º A EMAD realizará visitas em domicílio regulares, no mínimo, 1 (uma) vez por semana.

§ 2º A EMAP realizará visitas em domicílio, por meio de critério clínico, quando solicitado pela EMAD.

§ 3º Nos casos em que o usuário esteja vinculado tanto a uma EMAD, nas modalidades AD2 e AD3, quanto a uma equipe de atenção básica, esta última apoiará e acompanhará seu cuidado.

§ 4º Cada EMAD e EMAP poderá prestar assistência, simultaneamente, a usuários inseridos nas modalidades de atenção domiciliar AD2 e AD3.

§ 5º Fica facultado à EMAD Tipo 2 prestar assistência na modalidade AD3 caso possua condições técnicas e operacionais para a sua execução, devendo descrevê-las no Projeto de Implantação da Atenção Domiciliar e no Detalhamento do Componente Atenção Domiciliar do Plano de Ação da Rede de Atenção às Urgências.

CAPÍTULO III DA HABILITAÇÃO DO SAD

Art. 31. O gestor de saúde enviará ao Ministério da Saúde, por meio de Ofício ou, caso existente, por meio de sistema de informação específico disponibilizado para este fim pelo Ministério da Saúde, o Projeto de Implantação da Atenção Domiciliar e o Detalhamento do Componente Atenção Domiciliar do Plano de Ação da Rede de Atenção às Urgências para:

I - criação e/ou ampliação de serviços e equipes; e

II - habilitação dos estabelecimentos de saúde que alocarão os SAD.

§ 1º O Projeto de Implantação da Atenção Domiciliar e o Detalhamento do Componente Atenção Domiciliar do Plano de Ação da Rede de Atenção às Urgências de que trata o "caput" observarão os seguintes requisitos:

I - especificação do número de estabelecimentos e respectivas EMAD e EMAP que estão sendo criadas ou ampliadas, com o respectivo impacto financeiro, observados os critérios descritos nesta Portaria;

II - descrição da inserção do SAD na Rede de Atenção à Saúde, incluindo a sua grade de referência, de forma a assegurar:

- a) retaguarda de especialidades;
- b) métodos complementares de diagnóstico;
- c) internação hospitalar; e

d) remoção do usuário dentro das especificidades locais (transporte sanitário, SAMU 192, serviço de atenção móvel às urgências local);

III - apresentação da proposta de infraestrutura para o SAD, incluindo-se área física, mobiliário, equipamentos e veículos para locomoção das EMAD e EMAP;

IV - informação do estabelecimento de saúde inscrito no SCNES em que cada EMAD e EMAP estará alocada;

V - descrever o funcionamento do SAD, com garantia de cobertura de 12 (doze) horas diárias, inclusive nos finais de semana e feriados;

VI - informar o programa de qualificação do cuidador;

VII - informar o programa de educação permanente para as equipes de EMAD e EMAP; e

VIII - descrever as estratégias de monitoramento e avaliação dos indicadores do serviço, tomando como referência indicadores da literatura nacional e internacional.

§ 2º Caso o proponente seja a Secretaria Estadual de Saúde, o Projeto de implantação da Atenção Domiciliar e o Detalhamento do Componente Atenção Domiciliar do Plano de Ação Regional da Rede de Atenção às Urgências serão pactuados com o gestor municipal de saúde do Município que abriga o SAD e na CIR e na CIB.

§ 3º Além de observar o disposto nos §§ 1º e 2º, os Municípios que se agruparem para atingir população de, pelo menos, 20.000 (vinte mil) habitantes para o cumprimento do requisito de ter um SAD, nos termos inciso I do art. 6º, deverão celebrar convênio, definir no Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde (COAP) ou ainda estabelecer outro formato jurídico interfederativo responsável por desempenhar as ações entre os mesmos, aprová-lo na CIR e CIB e enviá-lo ao Ministério da Saúde.

Art. 32. Compete ao Departamento de Atenção Básica (DAB/SAS/MS) fazer a análise técnica do Projeto de Implantação da Atenção Domiciliar, considerando-se o Detalhamento do Componente Atenção Domiciliar do Plano de Ação da Rede de Atenção às Urgências, segundo diretrizes e critérios de adequação e disponibilidade financeira.

Art. 33. A Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS), de acordo com as diretrizes estabelecidas nesta Portaria, publicará portarias específicas de habilitação dos entes federativos beneficiários e respectivos estabelecimentos de saúde contemplados.

Art. 34. O Departamento de Atenção Básica (DAB/SAS/MS) publicará Manual Instrutivo da Atenção Domiciliar, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, a contar da data de publicação desta Portaria, com objetivo de orientar a elaboração do Projeto de Implantação da Atenção Domiciliar pelos entes federativos interessados e publicizará diretrizes e critérios utilizados para a análise técnica.

Art. 35. Os SAD serão cadastrados em unidades cujas mantenedoras, sejam as Secretarias de Saúde estaduais, distrital ou municipais ou, ainda, unidades que façam parte da rede conveniada ao SUS.

Art. 36. Os estabelecimentos de saúde credenciados no código 13.01- Internação Domiciliar até a data de publicação desta Portaria permanecerão habilitados e continuarão recebendo os recursos financeiros devidos por meio de Autorização de Internação Hospitalar (AIH).

Parágrafo único. Após a data de publicação desta Portaria, não poderão ser habilitados novos estabelecimentos de saúde no código 13.01- Internação Domiciliar.

Art. 37. Somente os estabelecimentos públicos atualmente habilitados no código 13.01- Internação Domiciliar poderão optar pela adequação aos critérios previstos nesta Portaria, tornando-se um serviço de atenção domiciliar habilitado pelo código 13.02 - Serviço de Atenção Domiciliar da Tabela de Habilitação do SCNES.

§ 1º Após análise e aprovação do projeto apresentado pelo estabelecimento de que trata o “caput”, a SAS/MS providenciará a publicação da portaria específica de habilitação.

§ 2º A adequação dos serviços de internação domiciliar para serviços de atenção domiciliar, de acordo com o disposto no “caput”, seguirá o trâmite e os requisitos dispostos neste Capítulo.

CAPÍTULO IV DO FINANCIAMENTO

Art. 38. Fica instituído incentivo financeiro de custeio mensal para manutenção do SAD.

Parágrafo único. Ato do Ministro de Estado da Saúde definirá o valor devido para o custeio mensal do SAD.

Art. 39. O incentivo financeiro previsto neste Capítulo será repassado mensalmente do Fundo Nacional de Saúde para o fundo de saúde do ente federativo beneficiário, respeitando-se o disposto nos arts. 14 e 15, não sendo admitida sobreposição de EMAD.

Art. 40. O repasse do incentivo financeiro previsto neste Capítulo será condicionado ao cumprimento dos requisitos constantes desta Portaria, especialmente:

I - recebimento, análise técnica e aprovação, pelo Ministério da Saúde, do Projeto de Implantação da Atenção Domiciliar e do Detalhamento do Componente de Atenção Domiciliar do Plano de Ação da Rede de Atenção às Urgências;

II - habilitação dos estabelecimentos no código 13.02 - Serviço de Atenção Domiciliar; e

III - inclusão pelo gestor local de saúde das EMAD e, se houver, das EMAP no SCNES.

Parágrafo único. O ato de que trata o parágrafo único do art. 38 poderá estabelecer outros requisitos para recebimento do incentivo financeiro previsto neste Capítulo.

Art. 41. O Ministério da Saúde suspenderá os repasses dos incentivos financeiros definidos nesta Portaria nas seguintes situações:

I - inexistência de estabelecimentos de saúde cadastrados para o trabalho das EMAD e EMAP;

II - ausência, por um período superior a 60 (sessenta) dias, de qualquer um dos profissionais que compõem as EMAD e EMAP, com exceção dos períodos em que a contratação de profissionais esteja impedida por legislação específica;

III - descumprimento da carga horária mínima prevista para os profissionais das EMAD e EMAP; ou

IV - falha na alimentação do Sistema de Informação Ambulatorial (SIA), por meio do Sistema de Registro das Ações Ambulatoriais de Saúde (RAAS), ou outro que o substitua, por período superior a 60 (sessenta) dias.

Parágrafo único. As situações descritas neste artigo serão constatadas por meio do monitoramento e/ou da supervisão direta do Ministério da Saúde, da Secretaria de Saúde do Estado ou do Distrito Federal ou por auditoria do Departamento Nacional de Auditoria do SUS (DENASUS/SGEP/MS).

Art. 42. Além do disposto no art. 41, o ente federativo beneficiário estará sujeito:

I - à devolução imediata dos recursos financeiros repassados, acrescidos da correção monetária prevista em lei, mas apenas em relação aos recursos que foram repassados pelo Fundo Nacional de Saúde para o respectivo fundo de saúde e não executados no âmbito do Programa; e

II - ao regramento disposto na Lei Complementar nº 141, de 3 de janeiro de 2012, e no Decreto nº 7.827, de 16 de outubro de 2012, em relação aos recursos financeiros que foram repassados pelo Fundo Nacional de Saúde para o respectivo fundo de saúde e executados parcial ou totalmente em objeto diverso ao originalmente pactuado.

Art. 43. O monitoramento de que trata esta Portaria não dispensa o ente federativo beneficiário de comprovação da aplicação dos recursos financeiros percebidos por meio do Relatório Anual de Gestão (RAG).

Art. 44. Eventual complementação dos recursos financeiros repassados pelo Ministério da Saúde para o custeio das ações do SAD é de responsabilidade conjunta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em conformidade com a pactuação estabelecida na respectiva CIB e, se houver, CIR.

Art. 45. Os recursos financeiros para o custeio das atividades previstas nesta Portaria são oriundos do orçamento do Ministério da Saúde, devendo onerar o Programa de Trabalho 10.301.2015.20AD.0003 - Piso de Atenção Básica Variável - Saúde da Família - Melhor em Casa.

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 46. As definições dessa Portaria não alteram as normas vigentes relativas às obrigações dos serviços especializados e/ou centros de referência de atendimento ao usuário do SUS, previstas em portarias específicas, tais como atenção a usuários oncológicos e de Terapia Renal Substitutiva (Nefrologia - TRS).

Art. 47. Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação.

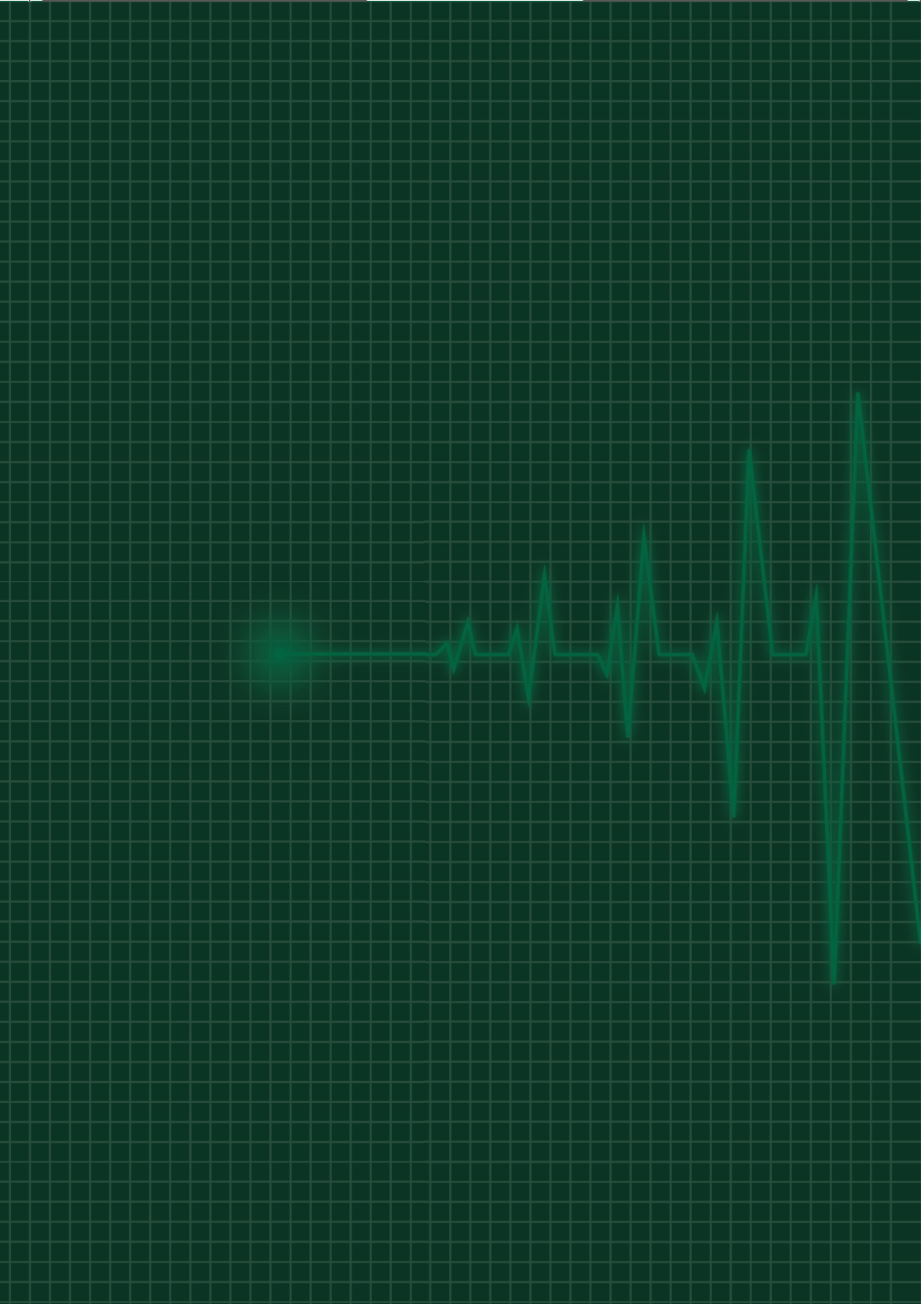
Art. 48. Ficam revogadas:

I - a Portaria nº 2.527/GM/MS, de 27 de outubro de 2011, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, do dia seguinte, p. 44; e

II - a Portaria nº 1.533/GM/MS, de 16 de julho de 2012, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, do dia seguinte, p. 41.

ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA

Saúde Legis - Sistema de Legislação da Saúde





Portaria nº 529, de 1º de abril de 2013, do Ministério da Saúde

Institui o Programa Nacional de
Segurança do Paciente (PNSP).

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e Considerando o art. 15, inciso XI, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde), que dispõe sobre a atribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de exercer, em seu âmbito administrativo, a elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

Considerando o art. 16, inciso III, alínea “d”, da Lei Orgânica da Saúde, que confere à direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) a competência para definir e coordenar o sistema de vigilância sanitária;

Considerando o art. 16, inciso XII, da Lei Orgânica da Saúde, que confere à direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) a competência para controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

Considerando o art. 16, inciso XVII, da Lei Orgânica da Saúde, que confere à direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) a competência para acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

Considerando o art. 2º, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que confere ao Ministério da Saúde a competência para formular, acompanhar e avaliar a política nacional de vigilância sanitária e as diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;

Considerando o art. 8º, § 6º, da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que confere ao Ministério da Saúde a competência para determinar a realização de ações previstas nas competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em casos específicos e que impliquem risco à saúde da população; Considerando a relevância e magnitude que os Eventos Adversos (EA) têm em nosso país;

Considerando a prioridade dada à segurança do paciente em serviços de saúde na agenda política dos Estados-Membros da Organização Mundial da Saúde (OMS) e na Resolução aprovada durante a 57ª Assembleia Mundial da Saúde, que recomendou aos países atenção ao tema “Segurança do Paciente”;

Considerando a importância do trabalho integrado entre os gestores do SUS, os Conselhos Profissionais na área da Saúde e as Instituições de Ensino e Pesquisa sobre a Segurança do Paciente com enfoque multidisciplinar;

Considerando que a gestão de riscos voltada para a qualidade e segurança do paciente englobam princípios e diretrizes, tais como a criação de cultura de segurança; a execução sistemática e estruturada dos processos de gerenciamento de risco; a integração com todos os processos de cuidado e articulação com os processos organizacionais dos serviços de saúde; as melhores evidências disponíveis; a transparência, a inclusão, a responsabilização e a sensibilização e capacidade de reagir a mudanças; e Considerando a necessidade de se desenvolver estratégias, produtos e ações direcionadas aos gestores, profissionais e usuários da saúde sobre segurança do paciente, que possibilitem a promoção da mitigação da ocorrência de evento adverso na atenção à saúde, resolve:

Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Segurança do Paciente (PNSP).

Art. 2º O PNSP tem por objetivo geral contribuir para a qualificação do cuidado em saúde em todos os estabelecimentos de saúde do território nacional.

Art. 3º Constituem-se objetivos específicos do PNSP:

I - promover e apoiar a implementação de iniciativas voltadas à segurança do paciente em diferentes áreas da atenção, organização e gestão de serviços de saúde, por meio da implantação da gestão de risco e de Núcleos de Segurança do Paciente nos estabelecimentos de saúde;

II - envolver os pacientes e familiares nas ações de segurança do paciente;

III - ampliar o acesso da sociedade às informações relativas à segurança do paciente;

IV - produzir, sistematizar e difundir conhecimentos sobre segurança do paciente; e

V - fomentar a inclusão do tema segurança do paciente no ensino técnico e de graduação e pós-graduação na área da saúde.

Art. 4º Para fins desta Portaria, são adotadas as seguintes definições:

I - Segurança do Paciente: redução, a um mínimo aceitável, do risco de dano desnecessário associado ao cuidado de saúde;

II - dano: comprometimento da estrutura ou função do corpo e/ou qualquer efeito dele oriundo, incluindo-se doenças, lesão, sofrimento, morte, incapacidade ou disfunção, podendo, assim, ser físico, social ou psicológico;

III - incidente: evento ou circunstância que poderia ter resultado, ou resultou, em dano desnecessário ao paciente;

IV - Evento adverso: incidente que resulta em dano ao paciente;

V - Cultura de Segurança: configura-se a partir de cinco características operacionalizadas pela gestão de segurança da organização:

a) cultura na qual todos os trabalhadores, incluindo profissionais envolvidos no cuidado e gestores, assumem responsabilidade pela sua própria segurança, pela segurança de seus colegas, pacientes e familiares;

b) cultura que prioriza a segurança acima de metas financeiras e operacionais;

c) cultura que encoraja e recompensa a identificação, a notificação e a resolução dos problemas relacionados à segurança;

d) cultura que, a partir da ocorrência de incidentes, promove o aprendizado organizacional; e

e) cultura que proporciona recursos, estrutura e responsabilização para a manutenção efetiva da segurança; e

VI - gestão de risco: aplicação sistêmica e contínua de iniciativas, procedimentos, condutas e recursos na avaliação e controle de riscos e eventos adversos que afetam a segurança, a saúde humana, a integridade profissional, o meio ambiente e a imagem institucional.

Art. 5º Constituem-se estratégias de implementação do PNSP:

I - elaboração e apoio à implementação de protocolos, guias e manuais de segurança do paciente;

II - promoção de processos de capacitação de gerentes, profissionais e equipes de saúde em segurança do paciente;

III - inclusão, nos processos de contratualização e avaliação de serviços, de metas, indicadores e padrões de conformidade relativos à segurança do paciente;

IV - implementação de campanha de comunicação social sobre segurança do paciente, voltada aos profissionais, gestores e usuários de saúde e sociedade;

V - implementação de sistemática de vigilância e monitoramento de incidentes na assistência à saúde, com garantia de retorno às unidades notificantes;

VI - promoção da cultura de segurança com ênfase no aprendizado e aprimoramento organizacional, engajamento dos profissionais e dos pacientes na prevenção de incidentes, com ênfase em sistemas seguros, evitando-se os processos de responsabilização individual; e

VII - articulação, com o Ministério da Educação e com o Conselho Nacional de Educação, para inclusão do tema segurança do paciente nos currículos dos cursos de formação em saúde de nível técnico, superior e de pós-graduação.

Art. 6º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Saúde, Comitê de Implementação do Programa Nacional de Segurança do Paciente (CIPNSP), instância colegiada, de caráter consultivo, com a finalidade

de promover ações que visem à melhoria da segurança do cuidado em saúde através de processo e construção consensual entre os diversos atores que dele participam.

Art. 7º Compete ao CIPNSP:

I - propor e validar protocolos, guias e manuais voltados à segurança do paciente em diferentes áreas, tais como:

- a) infecções relacionadas à assistência à saúde;
- b) procedimentos cirúrgicos e de anestesiologia;
- c) prescrição, transcrição, dispensação e administração de medicamentos, sangue e hemoderivados;
- d) processos de identificação de pacientes;
- e) comunicação no ambiente dos serviços de saúde;
- f) prevenção de quedas;
- g) úlceras por pressão;
- h) transferência de pacientes entre pontos de cuidado; e
- i) uso seguro de equipamentos e materiais;

II - aprovar o Documento de Referência do PNSP;

III - incentivar e difundir inovações técnicas e operacionais que visem à segurança do paciente;

IV - propor e validar projetos de capacitação em Segurança do Paciente;

V - analisar quadrimestralmente os dados do Sistema de Monitoramento incidentes no cuidado de saúde e propor ações de melhoria;

VI - recomendar estudos e pesquisas relacionados à segurança do paciente;

VII - avaliar periodicamente o desempenho do PNSP; e

VIII elaborar seu regimento interno e submetê-lo à aprovação do Ministro de Estado da Saúde.

Art. 8º O CIPNSP instituições é composto por representantes, titular e suplentes, dos seguintes órgãos e entidades:

I - do Ministério da Saúde:

- a) um da Secretaria-Executiva (SE/MS);
 - b) um da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS);
 - c) um da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde (SGTES/MS);
 - d) um da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS); e
 - e) um da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE/MS);
- II - um da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ);
 - III - um da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);
 - IV - um da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS);
 - V - um do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS);
 - VI - um do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS);
 - VII - um do Conselho Federal de Medicina (CFM);
 - VIII - um do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN);
 - IX - um do Conselho Federal de Odontologia (CFO);
 - X - um do Conselho Federal de Farmácia (CFF);
 - XI - um da Organização Pan Americana de Saúde (OPAS); e
 - XII - três de Instituições Superiores de Ensino e Pesquisa com notório saber no tema Segurança do Paciente.

§ 1º A coordenação do CIPNSP será realizada pela ANVISA, que fornecerá em conjunto com a SAS/MS e a FIOCRUZ os apoios técnico e administrativo necessários para o seu funcionamento.

§ 2º A participação das entidades de que tratam os incisos V a XII do “caput” será formalizada após resposta a convite a eles encaminhado pela Coordenação do CIPNSP, com indicação dos seus respectivos representantes.

§ 3º Os representantes titulares e os respectivos suplentes serão indicados pelos dirigentes dos respectivos órgãos e entidades à Coordenação do CIPNSP no prazo de 10 (dez) dias a contar da datada data de publicação desta Portaria.

§ 4º O CIPNSP poderá convocar representantes de órgãos e entidades, públicas e privadas, além de especialistas nos assuntos relaciona-

dos às suas atividades, quando entender necessário para o cumprimento dos objetivos previstos nesta Portaria.

§ 5º O CIPNSP poderá instituir grupos de trabalho para a execução de atividades específicas que entender necessárias para o cumprimento do disposto nesta Portaria.

Art. 9º As funções dos membros do CIPNSP não serão remuneradas e seu exercício será considerado de relevante interesse público.

Art. 10. O Ministério da Saúde instituirá incentivos financeiros para a execução de ações e atividades no âmbito do PNSP, conforme normatização específica, mediante prévia pactuação na Comissão Intergestores Tripartite (CIT).

Art. 11. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA





INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

1. A REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE – RBDS é uma publicação nacional da Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná (Femipa), com periodicidade semestral, em meio impresso e eletrônico, que tem como objetivos promover, sob a perspectiva jurídica:

- a) a discussão de temas relacionados à prestação de serviços de Saúde;
- b) ampliar a divulgação do entendimento dos Tribunais sobre o tema; e
- c) 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 – Dr. Fernando Borges Mânica.

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

7. O Coordenador Científico, responsável pela organização e publicação do periódico, após análise formal prévia, encaminhará os manuscritos a dois avaliadores – membros do Conselho Editorial ou pareceristas *ad hoc* – que farão o exame dos trabalhos pelo sistema *double blind peer review*.
8. Os manuscritos deverão seguir as normas estabelecidas no anexo do presente edital.
9. Os conceitos e opiniões contidos nos manuscritos são de inteira responsabilidade de seus autores, eximindo-se a Editora, o Coordenador Científico e o Conselho Editorial de qualquer responsabilidade sobre o conteúdo publicado.
10. Os autores não serão remunerados pela veiculação dos manuscritos e o recebimento dos textos não implica obrigatoriedade de publicação.
11. Informações sobre a publicação podem ser encontradas no endereço: www.femipa.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:

Ano III • Nº4 • Janeiro a Junho de 2013

- 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.





REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE

Ano III • Número 4 • Janeiro a Junho de 2013

Esta revista foi impressa em papel Offset 90g/m² na Gráfica Nova Letra
em Setembro de 2013. Tiragem de 500 exemplares

www.femipa.org.br – www.rbds.org.br

