

REVISTA BRASILEIRA
**DE DIREITO
DA SAÚDE**

Ano IV • Número 6 • Janeiro a Junho de 2014

Revista Brasileira de Direito da Saúde

Publicação semestral da Femipa – Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Benéficos 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 500 exemplares.

Revista Brasileira de Direito da Saúde

Ano IV • Nº6 • Janeiro a Junho de 2014. Femipa – Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Benéficos do Estado do Paraná.

Pág. 280

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)

Luiz Henrique SormaniBarbugiani (PGE-PR)

Miguel Kfoury Neto (TJ-PR)

Paulo Bonavides (UFCE)

Paulo Garrido Modesto (MP-BA e UFBA)

Vanessa Verdolim Hudson de Andrade (TJ-MG)

Colaboradores deste Volume

Fernando Borges Mânica, João Gualberto Garcez Ramos, Carla Liliane Waldow Esquivel, Maria da Glória Colucci, Luiz Henrique SormaniBarbugiani, Fernanda Schaefer, Josenir Teixeira e Marina Zuan Benedetti Chenso.

Diagramação

Paulo Henrique Benczik

SUMÁRIO

PÁGINA

7

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

PÁGINA

9

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE SAÚDE: VIABILIDADE ECONÔMICA E ESTABILIDADE JURÍDICA

Fernando Borges Mânica



PÁGINA

45

O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E UNIVERSAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E OS ÚLTIMOS DESENVOLVIMENTOS NA HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA AMERICANA

João Gualberto Garcez Ramos
Carla Liliane Waldow Esquivel



PÁGINA

77

GERONTOLOGIA E DIREITOS SOCIAIS: OLHAR CONSTITUCIONAL E ESTATUTÁRIO DA QUALIDADE DE VIDA DO IDOSO

Maria da Glória Colucci



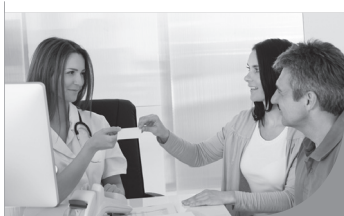


**A RESPONSABILIDADE TÉCNICA DOS
ESTABELECIMENTOS FARMACÊUTICOS E AS
RESTRIÇÕES DA LEI Nº 5.991/73 EM SUA ASSUNÇÃO
PELOS OFICIAIS, TÉCNICOS E AUXILIARES DE
FARMÁCIA**

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

PÁGINA

109



**PLANOS DE SAÚDE: NEGATIVA DE COBERTURA POR
DIVERGÊNCIA TÉCNICA E QUEBRA DO DEVER DE
CONFIANÇA**

Fernanda Schaefer

PÁGINA

143



**POSSIBILIDADE LEGAL DE REMUNERAÇÃO DA
DIRETORIA ESTATUTÁRIA DE ENTIDADES SEM FINS
LUCRATIVOS POSSUIDORAS DE CEBAS**

Josenir Teixeira

PÁGINA

167



**DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE E
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO
BRASIL: PODER JUDICIÁRIO, POLÍTICAS PÚBLICAS E
RESERVA DO POSSÍVEL**

Marina Zuan Benedetti Chenso

PÁGINA

199

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

PÁGINA

223

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ESTADO DEVE ESTOCAR REMÉDIO CONCEDIDO POR ORDEM JUDICIAL

PÁGINA

237

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
EMPREGADO DEMITIDO QUE SE APOSENTA PODE SER BENEFICIÁRIO DO PLANO
DE SAÚDE COLETIVO

PÁGINA

249

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
NEGADO PEDIDO DE CONCESSÃO DE CÃO-GUIA

PÁGINA

255

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
POSSIBILIDADE DE SE FIRMAR CONVÊNIO PARA COMPRA DE AMBULÂNCIAS

PÁGINA

265

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PLANO DE SAÚDE DEVE COBRIR TRATAMENTO INDICADO POR MÉDICO
CONVENIADO

NORMALIZAÇÕES

PÁGINA

275

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

PÁGINA

277

NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS

APRESENTAÇÃO

É com muito orgulho que apresentamos à comunidade científica e profissional o sexto número da Revista Brasileira de Direito da Saúde – RBDS, organizada pela Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Benéficos do Estado do Paraná – FEMIPA.

No segundo semestre de 2014 o direito da saúde no Brasil seguiu sua trajetória de transformações e esteve na pauta de diversas manifestações sociais. De igual modo, o Poder Judiciário foi instado de modo ainda mais intenso a se manifestar acerca das mais variadas questões relacionadas à consagração deste direito. É possível notar importantes avanços no debate sobre a judicialização da saúde e na disciplina legal das parcerias com entidades privadas prestadoras de serviços de saúde.

Nesse contexto, a presente edição traz artigos de pesquisadores e profissionais da área do Direito sobre temas como a perspectiva do direito à saúde no Brasil comparado ao cenário norte-americano; a qualidade de vida das pessoas idosas; a responsabilidade técnica dos estabelecimentos farmacêuticos; as negativas de cobertura dos planos de saúde em caso de divergência técnica entre o médico que solicitou o procedimento e o médico auditor do convênio; a possibilidade de remuneração de dirigentes de entidades sem fins lucrativos de saúde possuidoras do CEBAS; e a relação entre a prestação dos serviços de saúde, a judicialização e a reserva do possível.

A jurisprudência selecionada também revela importantes tendências. Dentre elas, pode-se mencionar o julgado do STF que determinou o dever de estocar remédios concedidos por ordem judicial e a decisão do STJ que entendeu ser possível ao empregado demitido e aposentado continuar sendo beneficiário de plano de saúde coletivo. Além delas, há um julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que negou o pedido de concessão de cão-guia pelo Estado e a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná que reconheceu o dever do plano de saúde cobrir o tratamento indicado por médico conveniado. O Tribunal de Justiça da Bahia, por sua vez, entendeu ser possível o ente público firmar convênio para a compra de ambulâncias para o atendimento do município.

O Direito da Saúde é um campo que tem gerado discussões cada vez mais complexas e aprofundadas, tanto do ponto de vista jurídico quanto político. O presente volume tenta colaborar nesse processo, com a submissão de importantes questões ao debate pela comunidade jurídica. Boa leitura!

Fernando Borges Mânica
Coordenador Científico





PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE SAÚDE: VIABILIDADE ECONÔMICA E ESTABILIDADE JURÍDICA

*PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN THE HEALTH
SECTOR: ECONOMIC VIABILITY AND LEGAL STABILITY*



Fernando Borges Mânica

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo. Advogado e consultor. www.fernandomanica.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento histórico dos serviços públicos. 2.1. Serviços públicos liberais ou econômicos. 2.2. Serviços públicos sociais. 3. Serviços públicos, serviços de relevância pública e serviços de saúde na Constituição de 1988. 3.1 Serviços públicos. 3.2 Serviços de relevância pública. 3.3 Serviços públicos de saúde. 4. Parcerias público-privadas voltadas à prestação de serviços públicos de saúde. 4.1 Concessões patrocinadas. 4.2 Convênios, termos de colaboração e termos de fomento. 4.3. Contratos de Gestão e Termos de Parceria. 5. Conclusões. Referências.

RESUMO: Após o julgamento pelo STF da ADI 1923, que julgou constitucional a participação privada nos serviços públicos de saúde, o palco das discussões passa a ser ocupado pela necessidade de adequação da disciplina específica de cada um dos modelos de ajuste que instrumentalizam as parcerias na saúde. Isso porque, hoje no Brasil a saúde é considerada como um direito fundamental dependente de prestações qualificadas como serviços públicos. Nesse caminho, o presente manuscrito parte do conceito de *serviço público liberal* e *serviço público social*, passa pela análise da noção de *serviço público*, *serviço de relevância pública* e *serviço público de saúde* na Constituição de 1988, e termina por avaliar a adequação de cada uma das parcerias público-privadas utilizadas no setor de saúde. A conclusão a que se chega é de que o modelo mais adequado para a prestação privada de serviços públicos de saúde consiste na *concessão administrativa*, cuja disciplina legal deve ser usada por analogia para a integração das demais espécies de parceria.

PALAVRAS-CHAVE: parcerias público-privadas; serviços públicos; saúde.

SUMMARY: After Brazilian Supreme Court decided ADI 1923, which ruled constitutional the private provision in public health services, the center of discussion happens to be occupied by the need to adapt the specific discipline of adjustment models that materialize partnerships in health sector. After all, in Brazil health is considered as a fundamental right that depends on utilities qualified as public services. In this sense, the present manuscript analyzes the concept of liberal public service and social public service, discuss of the notion of public service, relevant public service and health public service in the 1988 Constitution, and ends evaluating the suitability of each public-private partnerships

used in the healthcare sector. The conclusion reached is that the most appropriate model for the private provision of public health services is the administrative concession, whose legal discipline should be used by analogy for the integration of other kinds of partnership.

KEYWORDS: *public-private partnerships; public services; health.*

1. Introdução

O recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 1923, que considerou constitucional o modelo de parcerias com entidades do terceiro setor para a prestação de serviços públicos de saúde, permite que a doutrina brasileira finalmente avance. Com a superação do pensamento segundo o qual não seria admitida no Brasil a prestação privada de serviços públicos de saúde, é possível verticalizar o debate doutrinário sobre a disciplina jurídica dos ajustes que instrumentalizam cada uma das modalidades de parcerias público-privadas no setor de saúde.

O presente manuscrito tem como objetivo trazer ao debate público a incompatibilidade entre (i) o dever estatal de garantir o direito à saúde por meio da prestação adequada e eficiente dos respectivos serviços públicos e (ii) a insegurança jurídica, com consequências econômicas, proporcionada por determinados modelos de parcerias público-privadas, que padecem de insuficiência legislativa e inadequada integração analógica. Para tanto, o estudo parte de uma retomada histórica das noções de serviço público liberal e de serviço público social, passa pela noção de serviço público, serviço de relevância pública e serviço de saúde na Constituição de 1988 e termina por analisar cada um dos modelos de ajuste utilizados no Brasil para instrumentalizar parcerias na área da saúde.

2. Desenvolvimento histórico dos serviços públicos

2.1. Serviços públicos liberais ou econômicos

Ainda no século XVIII, Adam SMITH, ao passo em que acreditava ser o livre mercado apto a destruir as desigualdades e os privilégios de origem absolutista, defendia a intervenção pontual do Estado com o objetivo de proporcionar o desenvolvimento econômico. Além dos deveres do soberano relacionados à segurança e à justiça, Adam SMITH analisou dois diferentes gêneros daquilo que denominou *serviços públicos*: (i) aqueles criados com o objetivo de facilitar o comércio, como a construção e manutenção de pontes, estradas, canais navegáveis, portos etc. e (ii) aqueles voltados a promover a instrução do povo.¹

Com essa perspectiva economicista, na segunda metade do século XIX, foram criados *serviços públicos* em setores dependentes de infraestrutura de grande porte, como ferrovias, estradas, energia elétrica, gás e telefonia. Por se tratar de atividades dependentes de vultoso investimento de recursos, que necessitavam da utilização de bens estatais para sua construção ou possuíam vocação para o monopólio, não era possível à iniciativa privada exercer sua exploração de modo independente. A criação de tais serviços públicos tinha como objetivo, portanto, criar condições para o desenvolvimento econômico.

Além disso, algumas ações de vigilância sanitária e de educação também formaram o grupo de atividades aptas a serem desenvolvidas pelo Estado por meio da qualificação como *serviço público*. Não porque configuravam direitos dos cidadãos, mas porque isso era necessário à defesa da coletividade.²

1 SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Trad. Luís C. de Aguiar. 4.ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v.2. p.333-469.essaltando o papel da Igreja historicamente desenvolvido na po cm s cobradas daqueles que utilizam tais bens e serviços

2 A influência da *segurança coletiva* sobre a concepção de serviços públicos pode ser visualizada na passagem de Rafael BIELSA: "Os chamados serviços gratuitos são aqueles cuja prestação geral, e até obrigatória, interessa a todos em face da solidariedade humana e da segurança comum. Tais são os de ensino primário, os de assistência médica e de assistência econômica. Nesses casos, até os mais egoístas possuem interesse em que sejam gerais e gratuitos, pois uma sociedade ignorante e atrasada é uma ameaça para todos, por sua incapacidade de produção, de defesa nacional, etc.; pela mesma razão, se o Estado não presta assistência aos que não podem obtê-la, em caso de doenças perigosas

Daí a intervenção direta do Estado, no sentido que José Luis VILLAR PALASÍ em meados do século XX deu ao termo *publicatio*: a retirada do domínio privado de determinadas atividades em relação às quais era vedada a interferência estatal e a assunção de seu controle pelo Estado com vistas a possibilitar sua exploração (privada). Segundo o autor, além das antigas técnicas medievais da *publicatio bonorum* (aplicada para casos específicos de confisco e punição) e da *publicatio agrorum* (adotada para a imposição de privilégios reais sobre determinados bens ou atividades privadas), surge o sentido moderno de *publicatio*, por meio da qual são criados títulos *opeproprietatis* de poder sobre atividades privadas (desvinculadas do exercício do poder), com a finalidade de criar sobre elas a titularidade estatal.³

Percebe-se, pois, que a noção de *serviço público* no nascimento do Estado de Direito, decorrente da *publicatio* de determinadas atividades privadas, possuía forte viés econômico, relacionava-se à ideia de limitação das funções do Estado e tinha como pressuposto a própria vedação da intervenção do Estado na ordem social e econômica.⁴

Contudo, considerando que a *publicatio* incidia sobre o setor econômico e justificava-se, em grande medida, pela inviabilidade de exploração privada da respectiva atividade, pode-se dizer que a própria noção de *serviço público* conformou-se como instrumento a possibilitar tal exploração. Daí porque o *serviço público* em sua origem, que pode ser denominado de *serviço público liberal ou serviço público econômico*, de-

ou contagiosas, todo o corpo social fica ameaçado por suas consequências naturais.” (BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955. Tomo I. p.554).

3 VILLAR PALASÍ, José Luis. **La intervención administrativa en la industria**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964. p.207-218.

4 Nesse sentido: VERGARA, Patrícia Lopes. Titularidad en el Servicio Público. **Revista de Derecho Administrativo**, ano 11, n.30-32, 1999. A distinção entre os aspectos econômico e social deve ser levada em conta com a devida cautela. Como ressalta Jacques Chevallier, a correlação entre o econômico e o social é lógica, de modo que ambos não constituem domínios separados, mas duas faces de uma mesma realidade: enquanto a economia diz respeito a um conjunto de processos de produção, circulação, troca e distribuição de bens e serviços, o social recobre toda e qualquer ordem relativa à vida e às relações de indivíduos e de grupos (CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p.169). Sob ponto de vista inverso, mas com conclusão análoga, Fabio Nusdeo chega a sustentar que a distinção padece de base científica, já que toda atividade reconhecida como social, geralmente associada ao atendimento de necessidades em relação às quais não há possibilidade de obtenção de lucro, é também econômica, na medida em que se refere à aplicação de recursos escassos para suprimento de determinadas finalidades (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.96).

corre da *publicatio* de atividades privadas, que passam a ser exploradas tanto pelo Estado quanto pelo particular, por meio de *parcerias público-privadas*,⁵ em especial dos contratos de concessão.⁶

2.2. Serviços públicos sociais

O modelo de intervenção estatal implantando durante o liberalismo tornou as pessoas dependentes do mercado. Contudo, como se sabe, o mercado não é um meio apto de atender às necessidades de todos, pois ele apenas oferece bens e serviços àqueles que dele fazem parte. “A ‘ordem natural ideal’ prevista pelo liberalismo acabou se tornando uma ‘desordem natural real’, demandando a intervenção estatal na sociedade”.⁷ Daí a premência da *desmercadorização* do indivíduo,⁸ com o início de um processo de formação de um *Estado a* não apenas garantidor da ordem, da segurança e das operações econômicas, mas *incentivador e promotor* de atividades diversas daquelas voltadas exclusivamente ao lucro.

Teve início, então, o movimento pelo qual o Estado passou a *incentivar* a oferta de atividades prestacionais sociais. Para tanto, a Administração Pública uniu-se a iniciativas da própria sociedade. Vital

5 Parcerias público-privadas são entendidas no presente trabalho em seu sentido amplo. Na explicação de Carlos Ari SUNDFELD: “Em seu sentido amplo, PPP’s são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais, contratos de gestão com OSs. Termos de parcerias com OSCIPs; etc.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____. (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.22).

6 Pode-se mencionar, nesse prisma, a experiência histórica francesa, na qual: “Registram-se contratos de concessão no séc. XVII na construção de canais (o canal de Midi, lançado pelo empreendedor Jean-Paul Riquet na época de Louis XIV e Colbert) e na secagem de pântanos (cedida por Henrique IV para todo o território nacional). Sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, as concessões presidiram esmagadoramente à construção de grandes infra-estruturas como os caminhos de ferro, transportes urbanos (Metro de Paris), redes de eletricidade, de água e esgotos, e de recolha de lixo (...)” (SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico). **Parcerias público-privadas e justiça**: uma análise comparada das diferentes experiências. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007. p.28).

7 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999. p.10.

8 Segundo Gosta Esping-Andersen: “A desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado.” (ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do WelfareState. **Revista de Cultura e Política**, n.24, p.102, set. 1991).

MOREIRA, referindo-se à organização estatal do Estado pós-revolução francesa, assim se manifestou:

(...) [a] concepção unitária, monolítica e centralizada da Administração pública manteve-se durante quase todo o século XIX. Mas a partir de certa altura deu-se a emergência de agrupamentos sociais reclamando do Estado a intervenção nas tarefas administrativas públicas. O Estado propôs a aproveitá-los para aliviar seu envolvimento directo na gestão concreta das novas prestações sociais (...).⁹

Tomou corpo, assim, a atividade administrativa de *fomento*. Ainda que não dirigida à defesa de direitos de cada cidadão, a prestação de *serviços sociais privados* voltados à garantia da saúde, educação e assistência social passou a ser *incentivada* pelo Estado, por meio de repasse de recursos a título de *subvenções* ou mesmo mediante vínculos formais, caracterizados pela informalidade e precariedade. Tratava-se de mero incentivo a atividades privadas necessárias a suprir carências não atendidas pelo *mercado*.

Nesse rumo, o segundo e mais importante passo no processo de transformação dos serviços públicos foi dado quando os serviços sociais passaram a consistir dever estatal previsto em textos internacionais e nas Constituições dos Estados. De meras *atividades privadas fomentadas*, com a consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais,¹⁰ a atuação administrativa em áreas como a saúde, a educação e a assistência passaram a configurar direito constitucionalmente previsto em *benefício de cada pessoa*, e não mais como instrumento de desenvolvimento

9 MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997. p.16-17.

10 Em estudo sobre o tema, Jose RAMON DIAZ reconhece a utilização corrente na linguagem jurídica da expressão *direitos sociais* para designar duas características comuns da expressão: (i) o reconhecimento de prestações a cargo do Estado e (ii) a aceitação do valor da igualdade (material) como sua finalidade (DIAZ, Jose Ramon. **Estado Social e Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.46). Antonio-Enrique PEREZ LUÑO traz uma definição objetiva e outra subjetiva dos direitos sociais, nos seguintes termos: "Assim, podem entender-se tais direitos, em sentido objetivo, como o conjunto das normas através das quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais. Enquanto que, em sentido subjetivo, podem ser entendidos como as faculdades dos indivíduos e dos grupos de participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em determinados direitos a prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos." (PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p.183-184).

econômico e defesa da coletividade. Essa mudança marca a incorporação do *desenvolvimento humano* como objetivo do Estado.

Apenas após a Segunda Guerra Mundial os direitos sociais dependentes de atuação estatal e voltados à proteção da *dignidade de cada pessoa humana* foram positivados em documentos internacionais e em novos textos constitucionais que se seguiram.¹¹ No plano internacional foi aprovada uma série de documentos que consagram *direitos fundamentais sociais*. O primeiro deles foi a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, editada em 1948 pela *Organização das Nações Unidas (ONU)*. Com o objetivo de desenvolver tais idéias, foram firmados em 1966 dois Pactos: o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

Nos ordenamentos nacionais, diversas constituições escritas passaram a tratar expressamente do tema. Dentre elas, podem ser citadas as Constituições Francesas de 1946 e de 1958; a Constituição Alemã de 1949, conhecida como Lei Fundamental de Bonn; a Constituição Italiana de 1948; e mais recentemente, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Brasileira de 1988.

O caminho de evolução das atividades prestacionais pelo Estado de Direito passou, portanto, por três momentos claramente perceptíveis na história: (i) a responsabilidade estatal de garantir o desenvolvimento econômico (por meio da criação dos **serviços públicos liberais**); (ii) a responsabilidade estatal de incentivar a prestação privada de serviços sociais de relevância pública (por meio da *atividade de fomento*); (iii) a responsabilidade estatal de garantir o desenvolvimento humano, (por meio da criação de **serviços públicos sociais** voltados à garantia dos direitos de cada pessoa).

11 A Constituição do México, de 1917, e a Constituição Alemã, de 1919 marcam o primeiro passo, em nível constitucional, rumo a consagração de direitos sociais e à previsão de serviços públicos voltados à sua garantia. Contudo, a previsão nelas contida restringiu-se a limitação da liberdade de contratação nas relações trabalhistas.

3. Serviços públicos, serviços de relevância pública e serviços de saúde na Constituição de 1988

3.1. Serviços públicos

Como resultado desse processo, hoje a expressão *serviço público* serve para designar atividades com dupla finalidade: (i) proporcionar o desenvolvimento econômico e a proteção da coletividade; e (ii) garantir direitos sociais dependentes de prestações. Trata-se dos *serviços públicos liberais* e dos *serviços públicos sociais*.

É importante notar, contudo, que o *serviço público* não constitui um conceito lógico-jurídico. Trata-se de uma noção cujo conteúdo é passível de ser extraído da Constituição e da realidade histórica,¹² e não de construções doutrinárias tradicionais e, possivelmente, desconectadas do texto constitucional e da própria realidade social.¹³

A Constituição brasileira de 1988 traz balizamentos para a criação de *serviços públicos*, os quais devem ser observados pela lei que os cria. Portanto, não há *serviços públicos* ‘em si mesmos’,¹⁴ mas há critérios constitucionais que dirigem sua instituição. Além disso, deve-se destacar que desde a promulgação do texto constitucional brasileiro houve importante desenvolvimento da teoria jurídica pátria e relevante avanço tecnológico, os quais demandam uma renovada e permanente (re)interpretação dos critérios constitucionalmente estabelecidos.

12 Não se trata da busca inalcançável de uma *geometria jurídica*, referida por Genaro R. CARRIÓ ao tratar da imprecisão e nebulosidade de grande parte dos conceitos jurídicos (CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994); e tampouco de *definir essências*, mas de buscar indicadores que *viabilizem a aplicação de normas jurídicas*, como assinalou Eros GRAU (GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.75).

13 Nessa perspectiva é a crítica de Fernando Herren AGUILLAR, para quem: “As contribuições doutrinárias para o conceito de serviço público têm apenas caráter didático, reportando-se os juristas não àquilo que determina a Constituição, mas àquilo que, em sua experiência pessoal, testemunharam como sendo genericamente serviço público” (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.134).

14 “Pretender que certas atividades são ‘em si mesmas’ serviço público significa que, consagradas ou não legislativamente como tal, assim devem ser havidas. Um conceito desta ordem não serve para o jurista” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p.12).

No texto constitucional é possível encontrar a utilização da expressão em sentido amplo, para se referir a *toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado*,¹⁵ como em sentido estrito, com referência a uma determinada modalidade de *atividade administrativa prestacional em relação à qual o Estado assume a responsabilidade por sua oferta*. Neste segundo caso, que interessa ao presente estudo, encontram-se referências constitucionais a três conjuntos de *serviços públicos*:

- (i) aqueles expressamente qualificados como tais pelo próprio texto constitucional;
- (ii) aqueles em relação aos quais a Constituição outorgou competência para sua prestação pelo Estado; e
- (iii) aqueles em relação aos quais a Constituição Federal autorizou sua criação por lei.

Na **primeira categoria** encontram-se atividades expressamente qualificadas como *serviços públicos* pela Constituição Federal. Isso ocorre com os serviços públicos de saúde,¹⁶ serviços públicos de transporte urbano,¹⁷ e (ii) serviço público de telecomunicações.¹⁸

Na **segunda categoria** são relacionadas prestações cuja realização é atribuída pelo texto constitucional como *competência* do Estado.¹⁹ Dentre elas, podem-se destacar alguns setores em relação aos quais a competência para sua exploração foi atribuída à União Federal pelo ar-

15 Tal sentido é encontrado, dentre outros, no artigo 20, IV; artigo 37, XIII; artigo 39, § 7.º; artigo 40, § 1.º, III e § 16 da Constituição Federal. Essa noção ampla de serviços públicos, relacionada ao conjunto de atividades estatais, é típica da teoria francesa de serviço público, de acordo com a qual: "A idéia de serviço público é ligada a uma concepção ampla de missões do Estado e da Administração em geral, que além de manter a ordem pública, devem organizar a vida econômica, social, cultural fornecendo e gerando os bens e serviços úteis à coletividade." (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 7.ed. Paris: Montchrestien, 2001. p.17).

16 Artigo 34, inciso VII, alínea e; no artigo 35, inciso III; no artigo 167, inciso IV; e no artigo 198 e seu parágrafo segundo; bem como no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

17 Artigo 30, inciso V.

18 Artigo 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (os quais também haviam sido qualificados como públicos pelo inciso XI, do artigo 21 da redação original da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995).

19 Conforme José Afonso da Silva, *competência* deve ser entendida como a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões; ou, sob outro ângulo, *competências* correspondem às diversas modalidades de poder de que se servem as entidades estatais e órgãos para a realização de suas funções (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.477).

tigo 21 da Constituição, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (inciso X), os serviços de telecomunicações (inciso XI), os serviços de radiodifusão sonora, sons e imagens, o serviço de energia elétrica, a navegação aérea e aéreo-espacial, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário (inciso XII), dentre outros.

Ressalte-se que a atribuição de competência para explorar ou manter determinado setor implica *atribuição de responsabilidade estatal em garantir sua oferta*, o que não significa que todo o setor de atividades deva ser qualificado como *serviço público*.²⁰ Parte das atividades relacionadas, de acordo com o estágio de evolução tecnológica, social e econômica, pode ter sua prestação garantida satisfatoriamente pelo mercado,²¹ ou ainda pode ser prestada de modo desvinculado de qualquer critério que legitime sua qualificação como *serviço público*.²² Em tais casos, nem todas as atividades integrantes de determinada área são qualificadas como *serviço público*. Dentro de um setor cuja competência para exploração foi atribuída a determinado ente estatal, a definição daquelas atividades especificamente qualificadas como *serviço público* deve constar da lei que regulamenta o respectivo setor. Em última análise, pode-se sustentar que a atribuição de competência a determinado ente federativo configura determinação para que a lei institua o regime jurídico que vai disciplinar a prestação de cada uma

20 Sobre o tema, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.407 e ss.

21 É o caso típico do setor de energia elétrica, no qual até algum tempo atrás, não havia condições técnicas de segregação entre todas as atividades envolvidas de geração até sua comercialização aos consumidores finais. Nessa época, todo o setor configurava serviço público e era explorado em regime de monopólio, por tratar-se, em tais condições, de um monopólio natural (situação na qual a prestação por um único agente possui custos mais baixos do que sua prestação em regime competitivo). Não obstante, com o desenvolvimento tecnológico recente, surgiu a possibilidade de segregação das atividades, de modo que foi implantado o regime de competição no âmbito, por exemplo, da geração de energia – uma vez que diversos geradores têm acesso garantido à infraestrutura de distribuição, ainda mantida em regime de monopólio (natural). O setor encontra-se disciplinado especificamente em lei – Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995, em especial artigos 4.º a 25, e Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), entidade competente para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

22 Nessa hipótese, são comumente citados pela doutrina exemplos como a produção de energia elétrica para o consumo individual e os serviços de comunicação por rádio amador. Tais atividades, apesar de integrantes do setor de energia e do setor de telecomunicações, não apresentam os requisitos necessários para sua qualificação como *serviços públicos*.

das atividades integrantes do setor, parte das quais será por ela qualificada como *serviço público*.²³

Quanto à **terceira categoria** de atividades em relação às quais a Constituição prevê a criação de *serviços públicos*, não há qualificação expressa pelo próprio texto constitucional e tampouco a outorga de competência para a exploração de determinado setor de atividade; há apenas a previsão de critérios gerais para a criação de novos *serviços públicos* não previstos pelo texto constitucional. Tais critérios encontram-se no artigo 173 da Constituição Federal, que determina que o Estado apenas pode desenvolver atividade econômica, como *atividade econômica em sentido estrito* ou por meio da instituição de um *serviço público*, quando necessário *aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.²⁴

Além desses critérios, a Constituição permite a criação de um *serviço público social* em todas as hipóteses nas quais um direito fundamental dependente de prestações não for adequadamente satisfeito pelo mercado, como é o caso da assistência social (art. 203), do ensino fundamental (art. 208, I) e de outros direitos sociais previstos pelo texto constitucional. Esse *serviço público social* será prestado diretamente pelo Estado ou por outro ente privado delegatário, por meio de ajustes diversos daqueles estritamente previstos pelo artigo 175 da Constituição da República.

É importante ressaltar que a *titularidade estatal dos serviços públicos* implica sua responsabilidade pela garantia da respectiva prestação, a ser conformada nos termos da lei que regulamenta o setor de atividades. Trata-se da *'garantia pública'* pela prestação de determinadas atividades.²⁵ Como expressou Maria Cristina DOURADO: "(...) a titularidade do serviço público resulta para o Estado o inafastável dever de

23 Isso implica reconhecer que a outorga de competência para que o Estado explore determinado setor restringe a livre iniciativa, sendo que o setor privado poderá agir apenas nos termos da lei que regula o setor determinar.

24 Esse entendimento, aqui defendido, de que os critérios constitucionais para a criação de serviços públicos encontram-se no artigo 173 da Constituição, não é predominante na doutrina. Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.119-122.

25 CAÑADA, Isabel María V. **Público y Privado em la gestión de la Seguridad Social em Espana. Dimensión Jurídica**. Granada: Comares, 2007. p.21.

realizá-lo de forma adequada ao pleno atendimento das necessidades dos cidadãos”.²⁶ Nesse mesmo sentido, segundo Juan Carlos CASSAGNE, a criação de um *serviço público* apenas expressa a decisão estatal de que determinada atividade sujeite-se às potestades administrativas mediante um regime especial,²⁷ definido pela lei como o mais apto a garantir a efetiva prestação do serviço.

3.2. Serviços de relevância pública

Outra expressão contida no texto de 1988 são os *serviços de relevância pública*. Esta locução é utilizada duas vezes na Constituição Federal: (i) para qualificar os serviços de saúde;²⁸ e (ii) para se delimitar o rol de atribuições do Ministério Público.²⁹ É importante notar que a qualificação de um serviço como sendo de *relevância pública* não mais significa do que a ênfase atribuída pela Constituição de que tais atividades – independente da assunção da responsabilidade por sua oferta pelo Estado – devem ser regulamentadas, incentivadas e controladas pela Administração Pública.

A essencialidade é ínsita à noção de serviço público, mas não suficiente para determinar sua qualificação como tal. Isso porque grande parte das atividades privadas, alheias à responsabilidade do Estado, também são essenciais à coletividade. No Brasil, a qualificação de determinados serviços como *essenciais* gera efeitos jurídicos como aquele definido pelo artigo 58 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que prevê a ocupação provisória pela Administração Pública de bens móveis e imóveis a eles vinculados; e aqueles efeitos definidos pela Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamenta o direito de greve. Neste último caso, dentre os serviços essenciais, o direito de greve sofre restrições, de modo que cumpre aos trabalhadores manter a prestação daque-

26 DOURADO, Maria Cristina. O repensar do conceito de serviço público. **Revista Interesse Público**, n.9, p.95, 2001.

27 CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nova concepción). **Revista de Administración Pública**, n.140, p.103, maio/ago. 1996.

28 Constituição Federal, Art. 197.

29 Constituição Federal, Art. 129.

la parcela dos serviços *indispensáveis à sobrevivência, saúde e segurança da população*. Veja-se que a legislação qualificou um nível ainda mais específico de serviços dentre os serviços essenciais, em relação aos quais deve incidir de modo absoluto o *princípio da continuidade*.

Tal princípio remete aos repetitivamente mencionados *princípios do serviço público*, consagrados pela obra do francês Louis ROLLAND e difundidos amplamente na doutrina administrativista pátria.³⁰ Não obstante, ainda que a continuidade seja uma das características dos *serviços públicos*, ela não constitui elemento suficiente que os diferencie de outras *atividades privadas* não qualificadas como tais. A *continuidade* decorre, portanto, não da qualificação de determinada atividade como *serviço público*, mas da necessidade de sua manutenção, a qual pode ser garantida independente de sua assunção como responsabilidade do Estado (em outras palavras, de sua qualificação como *serviço público*).

O regime jurídico dos serviços públicos tem como objetivo garantir de modo muito mais intenso tanto a continuidade de sua prestação, quanto o respeito a outros princípios indispensáveis à sua prestação, como regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação.³¹ Acontece que tais princípios incidem apenas sobre as parcerias público-privadas (em seu sentido amplo)³² voltadas ao desenvolvimento econômico. Nas parcerias público-privadas que têm como objeto a prestação de serviços sociais tais princípios não têm incidência. Isso porque no atual estágio de desenvolvimento do Di-

30 Segundo tal teoria, são princípios dos serviços públicos a *continuidade* – a qual já fora ressaltada por León DUGUIT e decorre da própria natureza da atuação estatal; a *mutabilidade* – que deve ser compreendida como a possibilidade de alteração da forma de prestação dos serviços e mesmo da qualificação de determinada atividade como serviço público; e *igualdade* – que consiste no oferecimento de condições de acesso a determinado serviço a todos, levando em conta para isso a possibilidade de discriminação fundamentada na Constituição e voltada à consecução de um direito fundamental. DUGUIT há muito tempo sustentou que o fundamento de todos os serviços públicos consiste em uma obrigação jurídica imposta ao Estado de assegurar **ininterruptamente** determinadas atividades consideradas de importância capital para a vida social (DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2.ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923. Tomo II. p.55). Nessa esteira, tem razão Floriano de Azevedo MARQUES NETO ao ressaltar que atualmente: “Se o Estado, pela Constituição ou pela Lei, definiu que uma atividade é tão relevante para avocar para si o dever de oferecer a todo mundo, considerando-a serviço público, não há sentido que essa atividade seja oferecida de forma intermitente.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões de serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, ano XXII, n.6, p. 648, jun. 2006).

31 Princípios previstos no Art. 6º, §1º da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

32 Vide nota n. 6.

reito Administrativo pátrio tais parcerias são admitidas, interpretadas e legisladas como mecanismo de *fomento estatal* e não de *prestação de serviços públicos*.

3.3. Serviços públicos de saúde

As atividades prestacionais permanentes de assistência à saúde das pessoas, assumidas pelo Estado como sua responsabilidade, são ser qualificadas como serviço público: o *serviço público de saúde*. Nos termos da Lei n.º 8.080/90, interpretada sob a luz do texto constitucional, pode-se concluir que a responsabilidade direta do Estado pela prestação de serviços de saúde compreende a *assistência terapêutica, inclusive farmacêutica*.³³ Por assistência terapêutica (nela incluída a farmacêutica), deve-se compreender todas as atividades especificamente voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde das pessoas, prestadas em ambiente ambulatorial, hospitalar e mesmo em outros locais, como o domicílio do paciente, tal qual previsto pelo artigo 19-I da Lei n.º 8.080/90.³⁴

Considerando que os serviços públicos devem ser entendidos como as prestações em relação as quais o Estado assume, nos termos da lei, a garantia de seu fornecimento, de acordo com o regime jurídico mais adequado para cada atividade em cada momento histórico, pode-se definir qual é o regime jurídico dos serviços públicos de saúde, prestados tanto pelo Estado quanto por entidades privadas. Nesse condão, são princípios constitucionais que conformam o regime jurídico

33 Nesse sentido, dispõem o artigo 5.º, III; e o artigo 6.º, I, d Lei n.º 8.080/90, colacionados em nota anterior. Além deles, a alínea c, do inciso I, do art. 6.º da lei em referência menciona também como atribuição do SUS a execução de ações de *saúde do trabalhador*, cuja assistência, evidentemente insere-se no quadro maior da *assistência terapêutica integral*.

34 Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. § 1.º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. § 2.º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. § 3.º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família. (artigo integralmente incluído pela Lei n.º 10.424, de 2002).

dos serviços públicos de saúde, *auniversalidade e a igualdade do acesso e a integralidade do atendimento*.³⁵

Por *universalidade e igualdade do acesso* deve ser entendida a responsabilidade estatal pela oferta de serviços de saúde a todas as pessoas que deles necessitarem, sem qualquer tipo de discriminação, exceto aquelas que encontram fundamento no próprio texto constitucional. Portanto, é de se ressaltar que a universalidade e a igualdade não configuram valores absolutos; ambas devem incidir no regime de prestação dos serviços de saúde após sua ponderação com outros valores acolhidos pela Constituição.

Levando-se em conta que os serviços de saúde são prestados tanto pelo Estado (direta ou indiretamente) quanto pela iniciativa privada, conforme determina o *caput* do artigo 199 da Constituição Federal,³⁶ a universalidade e igualdade de acesso implicam a garantia de que todas as pessoas que necessitem de assistência à saúde obtenham atendimento – seja ele prestado pelo Estado, por entidade privada a ele vinculada ou por entidade privada autônoma. Esse é o entendimento adotado pela teoria constitucional contemporânea acerca dos *direitos a prestações em sentido estrito*, como é o caso da saúde.³⁷

Nessa perspectiva, nos termos da Constituição Federal, tanto a universalidade quanto a igualdade devem ser materiais e não meramente formais. Devem ter como critério a finalidade da atuação estatal – como ponto de chegada e não como ponto de partida. Isso significa que a efetivação do direito à saúde, e dos direitos sociais em geral, demanda a análise no caso concreto da condição de cada pessoa e o tratamento discriminatório – ao qual a doutrina constitucional costuma denominar *discriminação positiva*.³⁸ Mesmo porque, em uma análise minuciosa,

35 Note-se que, enquanto a universalidade e igualdade constam da segunda parte do artigo 196 da Constituição Federal e voltam-se a todas as atividades de assistência à saúde, a integralidade do atendimento consta do inciso II do artigo 198 do texto constitucional, como uma diretriz a ser adotada para a organização de todo o sistema público de saúde. Não obstante, resta evidenciado que tais princípios incidem sobre a própria prestação estatal ou privada dos serviços públicos de saúde, conformando seu regime jurídico.

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

37 A classificação das atividades prestacionais do Estado foi analisada no Capítulo 2 deste trabalho.

38 Nesse aspecto, é pertinente a comparação que se pode fazer com a consagração dos direitos fundamentais de primeira dimensão, tratados no Capítulo 2. Tais direitos tinham como pressuposto a igualdade formal de todas as pessoas, e levaram a situações de iniquidade insuportáveis na

no âmbito da saúde pode-se verificar que *doenças iguais não significam doentes com necessidades iguais*.³⁹

Já integralidade do atendimento, prevista pelo artigo 198 da Constituição Federal, configura uma das diretrizes a serem observadas na organização do subsistema público de saúde. Sua previsão possui, assim, alcance indireto sobre o regime jurídico de prestação dos serviços de saúde, os quais devem garantir o atendimento integral.

A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 7.º, inciso II, estabelece que a integralidade da assistência, deve ser entendida como *conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema*. Trata-se, pois, na opinião de alguns, da *articulação entre as ações e serviços, preventivos e curativos, individuais e coletivos*,⁴⁰ ou da *indissociação entre prevenção e atenção curativa*,⁴¹ a qual tem por objetivo reparar a dicotomia administrativa anterior à Constituição Federal de 1988, já assinalada neste trabalho, entre as ações preventivas de cunho coletivo e os serviços assistenciais de caráter individual.⁴² Assim, da mesma forma que os demais princípios consignados no artigo 198 da Constituição Federal, a aplicação do princípio da integralidade não se volta diretamente à prestação de cada serviço de saúde em si, mas à organização de todo o sistema público de saúde, que deve garantir prestações interligadas, voltadas tanto à prevenção quanto à cura de doenças.⁴³

sociedade. Da mesma forma, a universalidade e a igualdade formal na oferta de serviços públicos de saúde deixam de levar em consideração as desigualdades materiais entre os cidadãos e conduzem a situação de desigualdade real. Defender, pois, um SUS, universal e igualitário a todas as pessoas indistintamente, como se tais valores fossem absolutos, implica incorrer no mesmo equívoco que a história já demonstrou perturbador: seu resultado é mais iniquidade, mais desigualdade e menos universalidade. Note-se que se está tratando dos serviços de saúde prestados no Brasil, em que convivem, sem delimitação de áreas de atuação a prestação pública e privada.

39 COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R.; KARSH, Ursula S. **A saúde como direito e como serviço**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p.22.

40 SILVA, José P. Vicente da; PINHEIRO, Roseni.; MACHADO, Felipe R. S. Necessidades, demanda e oferta: algumas contribuições sobre os sentidos, significados e valores na construção da integralidade na reforma do Setor de Saúde. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v.27, n.65, p.235, set./dez. 2003.

41 RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da constituição**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003. p.143.

42 Conferir Item 3.1.1, acima.

43 Essa perspectiva sistêmica reflete-se tanto na organização e funcionamento do próprio sistema quanto no respeito às pessoas que com ele colaboram. Nesse sentido, tem razão Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem: "(...) o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente

O que impende ressaltar a propósito do tema é que todos os serviços de saúde prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, são serviços públicos, dotados de um regime jurídico próprio, que demanda, além dos princípios gerais da continuidade e da adequação, princípios específicos, como a universalidade e igualdade de acesso e integralidade de atendimento (esse último a ser interpretado em sentido amplo). Portanto, os serviços de saúde podem ser qualificados como serviços de relevância pública quando prestados pelo particular sob o regime privado. Todas as vezes em que o privado tiver de prestar serviços de saúde com respeito aos princípios do serviço público, este particular estará prestando um serviço público e demandará todas as garantias estatais oferecidas aos prestadores privados de serviços públicos.

4. Parcerias público-privadas voltadas à prestação de serviços públicos de saúde

As parcerias voltadas à prestação de serviços públicos de saúde no Brasil são em sua maioria incapazes de garantir os princípios dos serviços públicos. Isso porque predomina em solo pátrio o entendimento de que as parcerias na saúde são meros mecanismos de fomento estatal a atividades privadas e não efetivos instrumentos de disciplina de um serviço público.

A classificação das atividades do Estado em *prestação de serviços públicos, polícia e fomento* tornou-se clássica a partir do trabalho de Luis JORDANA DE POZAS que assim definiu a atividade de fomento: “(...) a ação da Administração destinada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas prestadas por particulares e que satisfazem necessidades públicas ou se consideram de utilidade geral, sem usar a coação ou criar serviços públicos”.⁴⁴ A diferença entre fomento e prestação de serviços públicos é ressaltada por Juan Carlos CASSAGNE:

garantir uma utilização eficiente por parte de seus destinatários, tal como razoavelmente estaria nas expectativas de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.135-136).

44 JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, n.48, p.46, 1949.

Difere também o fomento do serviço público na natureza e nos fins e, consequentemente, no regime jurídico que acompanha a realidade que conduz esse compromisso estatal. Efetivamente, enquanto o serviço público se concebe objetivamente como uma atividade prestacional intercorrente, de onde surge a necessidade, continuidade, etc. da prestação, o fomento aparece como uma ajuda, um estímulo, com o objetivo de que os particulares possam realizar suas próprias finalidades comerciais e industriais.⁴⁵

Como assinalado acima, houve recente alteração do papel do Estado na garantia de direitos e na consequente prestação de *serviços*. Se durante algum tempo a prestação de *serviços sociais*, como o serviço público de saúde, tinha como fundamento a defesa da coletividade e era realizada como benemerência do Estado, hoje essa prestação decorre também de *dever constitucional prestacional*. Essa transição ocorreu na Europa a partir de meados do século passado e no Brasil consolidou-se após 1988. A nova Constituição brasileira trouxe expressa uma série de direitos voltados ao humano, os quais têm sido, finalmente, interpretados como *direitos públicos subjetivos*.

Essa transição significa que tais serviços sociais não demandam meramente a atividade de *fomento* estatal. Após 1988, todos os serviços dos quais dependa a materialização de direitos fundamentais devem ser assumidos pelo Estado como sua responsabilidade. Essa é a noção de *serviço público social*. Portanto, eventuais parcerias público-privadas no setor de saúde não podem ser disciplinadas como mera atividade de fomento.

A correta compreensão do problema não é meramente teórica, já que a noção de serviço público traz consigo a ideia de responsabilidade do Estado por sua garantia. Nesse viés, os vínculos eventualmente firmados pelo Estado com vistas a sua prestação não podem ter as mesmas características daqueles vínculos criados com o objetivo de incentivar atividades relevantes. Caso a opção estatal seja pela prestação indireta de serviços públicos de saúde, o vínculo a ser firmado com o particular deve conter todas as garantias existentes nos ajustes voltados à prestação de serviços públicos liberais. Mais do que a discussão abstrata e ideoló-

45 CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994. p.91.

gica acerca da possibilidade de prestação indireta de serviços públicos sociais, cabe ao administrativista contemporâneo enxergar a realidade da Administração Pública e das demandas sociais pautadas no texto constitucional e oferecer soluções que garantam o respeito real e concreto aos direitos fundamentais.⁴⁶ A *Administração Pública Social* não é aquela que apenas fomenta os serviços sociais voltados ao desenvolvimento humano; é aquela que os presta – direta ou indiretamente – sob o regime jurídico dos serviços públicos.

O grande desafio a ser superado pelo Estado contemporâneo em todas as suas áreas de atuação consiste em aproveitar ao máximo a atuação da iniciativa privada, mas garantir que tal atuação ocorra de maneira eficiente e sem desvios. Essa é a questão atual a ser respondida, especialmente em solo brasileiro. A necessidade de flexibilidade da Administração Pública, a superação do modelo procedimental-formalista, a inevitabilidade das parcerias com a iniciativa privada, são idéias que se encontram difundidas tanto na teoria da Administração⁴⁷ quanto na teoria do Direito Administrativo.⁴⁸ O problema é encontrar os mecanis-

46 Afinal, como assinala Odete MEDAUAR: “O administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado atual, realizadas, em grande parte, pela atuação da Administração Pública. Por conseguinte, o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas. O direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança” (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.267-268).

47 Peter DRUCKER, em obra editada originalmente em 1969, assim já se pronunciava: “O objetivo do governo é (...) governar. Isso, como depreendemos de outras instituições, é incompatível com a ação. Qualquer tentativa de combinar o governo com a execução em larga escala paralisa a capacidade de decisão. Qualquer tentativa de obrigar os órgãos que tomam decisões a ‘executarem’ realmente também implica um ‘ação’ muito insatisfatória. Eles não se orientam para a execução. Não estão equipados para ela. Não estão fundamentalmente interessados nela. Atualmente há boas razões pelas quais os soldados, os servidores civis e os administradores de hospitais buscam na administração de empresas conceitos, princípios e práticas. Porque a empresa, nestes últimos trinta anos, teve de enfrentar, em escala muito mais reduzida, o problema com o qual se defronta agora o moderno: a incompatibilidade entre o ‘governo’ e a ‘execução’”. (DRUCKER, Peter. **Uma era de descontinuidade: orientações para uma sociedade em mudança**. Trad. J. R. Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1970. p.265 e 273).

48 Esse é o entendimento, por exemplo, de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, para quem: “(...) a legitimidade deve estar também nos fins e não apenas nos procedimentos, e os resultados também só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem eficientemente as finalidades constitucionalmente cometidas ao Estado (...). Em uma palavra: o que realmente importa é a eficiência aferida pelo resultado.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito**

mos adequados, em cada atividade, que proporcionem sua consecução com eficiência em cada área de atuação estatal.

O desenvolvimento humano depende da garantia dos direitos sociais, como o direito à saúde, os quais demandam, muitas vezes, a intervenção do Estado, por meio de prestações, de modo *contínuo e adequado*. Nessa hipótese, caso sejam celebradas parcerias público-privadas, é imprescindível que o vínculo firmado entre o Estado e o ente privado garanta os princípios do serviço público em questão. Para isso, é imprescindível tanto a imposição de uma série de deveres ao prestador privado quanto a garantia de estabilidade e do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Isso não significa que toda a vez que o Estado celebrar parceria público-privada para a prestação de *serviços sociais*, o serviço será transformado em *serviço público social*. Tal qualificação depende materialmente da essencialidade e exigência de continuidade/adequação do serviço, e formalmente, de sua qualificação, por lei (ou pela Constituição) como *serviço público social*. Assim, pode-se ter modelos de ajuste com características diversas, a depender do conteúdo do direito e da potência da intervenção estatal neste ou naquele setor. Em alguns casos, é satisfatório o fomento público à prestação privada *de serviços de relevância pública*; em outros casos, em face da exigência de continuidade e adequação de sua prestação, é necessária a prestação (direta ou indireta) de serviço público social. Esse é o caso das parcerias no setor de saúde.

Nos serviços de saúde, a insuficiência na prestação de serviços sociais pela própria sociedade exige a intervenção estatal. Mas essa intervenção não consiste em mera atividade de fomento, mas em sua prestação direta ou indireta, com garantias de adequação e continuidade para o prestador privado e, conseqüentemente, para o cidadão. Note-se que tais garantias constam da legislação e dos ajustes celebrados para a concessão de *serviços públicos liberais* a empresas privadas, que recebem recursos diretamente dos usuários (concessão comum) ou mesmo do Estado (concessão patrocinada e concessão administrativa).⁴⁹ Nesses dois casos, a questão é legislativa, jurisprudencial e doutrinariamente

administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.30 e 112).

49 Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

muito bem compreendida, com o consenso de que o parceiro privado possui garantias, em especial da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de seu ajuste. Disso decorre que o melhor modelo de parcerias para a prestação de serviços públicos de saúde consiste na parceria público-privada prevista pela Lei federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 20014, em especial a concessão patrocinada.

4.1. Concessões administrativas

A Lei n. 11.0179/14, conhecida como lei das parcerias público-privadas trata, na verdade, de dois modelos de parcerias: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Nos termos do artigo 2º da lei, a concessão patrocinada consiste na concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já a concessão administrativa consiste no contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

O que importa ter claro é que na concessão patrocinada, quem remunera o parceiro privado é tanto o usuário do serviço público quanto o Estado, que complementa o valor da tarifa cobrada. Essa modalidade de parceria público-privada pode ser usada para o financiamento de serviços em que a atividade pode ser cobrada do usuário, mas o valor máximo da cobrança não é suficiente para arcar com o curso do investimento. Um exemplo pode ser dado na construção de uma ponte. É possível que se cobre dos transeuntes um valor a título de pedágio, mas esse valor jamais será capaz de remunerar a empresa privada construtora e operadora da ponte, sob pena de ter-se um pedágio tão caro que inviabilize ao usuário a utilização da ponte. Nessa hipótese é possível a celebração de uma concessão patrocinada, em que há pagamento de pedágio em valor razoável, com complementação do valor pela própria Administração Pública.

Já a concessão administrativa pode ser usada nas hipóteses em que não há um usuário final, como na construção de edifícios para uso exclusivo de órgãos públicos, e também nas hipóteses em que os ser-

viços a serem prestados são necessariamente gratuitos. Essa segunda hipótese abriga os serviços públicos de saúde. Considerados pelo ordenamento brasileiro como gratuitos,⁵⁰ os serviços de saúde podem ser prestados por empresas privadas que celebram contratos de concessão administrativa com o Estado. Por meio dessa modalidade de ajuste, o parceiro privado compromete-se a construir e/ou equipar uma unidade de saúde pública, bem como prestar o serviço de modo gratuito a todos que dele necessitarem.

A grande vantagem da concessão administrativa no setor de saúde é que esse modelo de parceria segue a lógica dos serviços públicos econômicos. Isso significa que o prazo para a execução do contrato é longo (até 35 anos), há garantias ao privado de que o Estado cumprirá seus deveres contratuais (como a existência de um fundo garantidor das parcerias público-privadas) e há segurança de que o parceiro público não vai rescindir a avença a seu bel-prazer (essa hipótese está condicionada à comprovação do interesse público que justifique a rescisão, bem como do pagamento de indenização ao parceiro privado). Existe, portanto, nas concessões administrativas, todo um arcabouço jurídico que visa a blindar jurídica e economicamente o parceiro privado contra atos contraditórios do parceiro público. Essa blindagem gera estabilidade do vínculo e acaba por garantir a necessária segurança para a prestação eficiente e contínua dos serviços públicos.

4.2. Convênios, termos de colaboração e termos de fomento

Os convênios público-privados foram criados como resultado de grave desvio de finalidade. Isso porque essa modalidade de ajuste foi criada para regular vínculos entre duas entidades públicas, providas de interesse comum legalmente previsto. Com o tempo, esse ajuste passou a instrumentalizar também o repasse de recursos a título de fomento a atividades privadas de relevância pública. Uma breve análise histórica do direito público pátrio demonstra esse caminho.

50 A gratuidade dos serviços públicos de saúde não é prevista pelo texto constitucional brasileiro, mas inferida da interpretação que se faz da Lei n. 8.080/90.

Na Lei n.º 2.312, de 3 de setembro de 1954, uma série de dispositivos fazem referência à celebração de convênios, todos eles envolvendo *duas entidades públicas*. Já no regulamento da referida lei – Decreto n.º 49.974-A, de 21 de janeiro de 1961 –, além de referências a *convênios entre entes públicos*, há menção a convênios com *entidades privadas*, os quais são mencionados tendo como objetivo *fomentar* o desenvolvimento de tais atividades privadas.

Seguindo tal linha, o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, trata genericamente dos convênios entre entes públicos e, ao se referir especificamente à Política Nacional de Saúde, prevê a celebração de convênios com a iniciativa privada. Daí o desvirtuamento de sua concepção original que vige até hoje no Brasil, nos termos do Decreto Federal 6.170, de 25 de julho de 2007, (e suas alterações) e pela Instrução Interministerial n.º 507, de 24 de novembro de 2011 (também frequentemente alterada).

Em sede constitucional, os convênios constam de diversos artigos da Constituição de 1967 e da Constituição de 1969, todos eles fazendo referência a ajustes celebrados entre entes públicos. Na Constituição Federal de 1988, há previsão de celebração de convênios no artigo 37, inciso XXII, no artigo 39, § 2º, no artigo 71, inciso VI, e no artigo 241. Todos eles tratando de ajustes celebrados entre entes federativos. A única previsão constitucional de convênio com a iniciativa privada é aquela contida na ordem da saúde – especificamente no parágrafo primeiro do artigo 199 do texto constitucional.

Mesmo após a série de alterações no tratamento infralegal dos convênios, é retumbante sua inadequação para disciplinar ajustes do Estado com entidades privadas prestadoras de *serviços sociais*.

Isso porque, como mencionado, a disciplina dos convênios possui características incompatíveis com tais atividades, cria deveres insuperáveis aos parceiros privados, gera burocratização de procedimentos e, especialmente, deixa de estabelecer deveres e responsabilidades do parceiro público. Enfim, o convênio foi criado para não funcionar: ao transferir recursos públicos a entidades privadas, elas se tornam repartições públicas e permanecem reféns da boa vontade do parceiro público durante toda a execução do ajuste, o qual pode rescindir o vínculo a qualquer momento. Em poucas palavras, pode-se dizer que a disciplina

dos convênios estabelece um emaranhado de deveres burocrático-formais que tem como grande resultado oferecer ao parceiro público justificativa para, a qualquer tempo, suspender os repasses de recursos ou mesmo rescindir o vínculo. Mesmo com os balizamentos trazidos pela regulamentação dos convênios e pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, pode-se perceber no substrato dos convênios o ranço de sua origem (público-privada) ligado a um favor realizado pelo governante em prol de determinada entidade.

Ressalte-se, o favor não termina na celebração de um convênio. Ele permanece durante toda a execução do objeto ajustado, já que os convênios, como se dizia no século passado, são precários. Tal entendimento ainda prevalece na doutrina e encontra-se na própria disciplina dessa modalidade de ajuste:

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.⁵¹

Entidades prestadoras *de serviços públicos de saúde* que celebram convênios com o Estado permanecem dependentes da boa-vontade do administrador para que recebam os recursos previstos no ajuste. Não raro, os deveres do parceiro público não são cumpridos e a responsabilidade pela má-prestação do serviço acaba recaindo sobre o parceiro privado.

É importante ressaltar que a Lei federal n. 13.019 de 31 de julho de 2014 extinguiu a figura dos convênios público-privados, substituindo tal modelo de ajuste pelos termos de colaboração e termos de fomento. Esses dois novos modelos de ajustes têm a mesma natureza, sendo entendidos como o instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público. A única diferença ente eles consiste na iniciativa da celebração do vínculo: enquanto os termos de fomento são de iniciativa da própria sociedade civil, por meio de um

51 Decreto n.º 6.170/07.

procedimento denominado procedimento de manifestação de interesse social (PMIS),⁵² os termos de colaboração têm origem na própria Administração Pública.

Ainda que haja várias inovações trazidas pela Lei federal n. 13.019/14, que entra em vigência no dia 27 de julho de 2015,⁵³ a natureza jurídica dos ajustes por ela disciplinados é a mesma dos convênios. Trata-se de vínculo de parceira sem qualquer estabilidade, voltado à execução de atividades que não demandam continuidade e eficiência, tão importante para a prestação dos serviços públicos de saúde. Tanto isso é verdade que a lei é expressa em determinar a possibilidade de rescisão da avença por qualquer das partes, como antecedência de apenas 60 (sessenta) dias de aviso prévio.⁵⁴

Portanto, a mesma instabilidade dos convênios, tão nociva sobre os ajustes que instrumentalizam a prestação de serviços públicos de saúde também incide sobre os termos de fomento e termos de colaboração.

Hoje, tais serviços materializam direitos fundamentais e exigem que o Poder Público garanta segurança e estabilidade ao agente privado. Essas garantias definitivamente não existem nas parcerias público-privadas disciplinadas por convênios, termos de colaboração e termos de fomento.

4.3. Contratos de Gestão e Termos de Parceria

Dois outros modelos de parceria público-privada para a prestação de atividades sociais e serviços públicos são previstos pela Lei n. 9.637/98 e pela Lei n. 9.790/99. Trata-se do Contrato de Gestão com

52 Eis o que prevê a lei em referência: Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

53 A *vacatio legis* da Lei n. 13.019/14 foi estabelecida um ano, como se vê de seu artigo 88, que assim prescreve: Art. 88. Esta Lei entra em vigor após decorridos 360 (trezentos e sessenta) dias de sua publicação oficial (Redação dada pela Lei nº 13.102, de 2015).

54 Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração ou de termo de fomento, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais: (...)XVI - a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;

entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais (OS),⁵⁵ e do Termo de Parceria firmados com entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).⁵⁶ Em que pese a existência de uma série de similaridades nos dois modelos de ajuste, sua aplicação possui duas distinções importantes.

A primeira reside no objeto do ajuste. Enquanto a Lei das OS possui um rol restrito de atividades, a Lei das OSCIP traz um rol mais extenso. Quanto à segunda distinção, é de se ressaltar que as OS possuem claro objetivo de atuar em estruturas públicas já existentes enquanto as OSCIP têm, em sua origem, a tendência de exercer suas atividades em instalações próprias. Não obstante, dada a similaridade dos modelos, não raro são celebrados termos de parceria nos quais o parceiro privado utiliza bens e equipamentos do parceiro público. Isso ocorre, em especial, na área da saúde, já que o Brasil possui um número significativo de hospitais públicos em péssimas condições de funcionamento ou simplesmente abandonados.

Uma questão, no entanto, não foi satisfatoriamente disciplinada e interpretada no contrato de gestão e no termo de parceria quando celebrados para a prestação de serviços de saúde.

Trata-se da *precariedade dos vínculos e a falta de responsabilização do parceiro público* no cumprimento de seus deveres. Isso decorre tanto da ausência de previsão legal específica na lei dos Contratos de Gestão e dos Termos de Parceria, quanto da inadequada interpretação de tais textos legais. Antes a ausência de disposição legal expressa, é costume aplicar-se por analogia ao Contrato de Gestão e ao Termo de Parceria, a disciplina dos Convênios.⁵⁷

55 Lei n.º 9.637/98: Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

56 Lei n.º 9.790/99: Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

57 Nesse ponto, é possível falar-se de uma *convenialização* dos Termos de Parceria e também dos Contratos de Gestão. Ora, tais modelos de ajuste trouxeram inovações na disciplina das parcerias para a prestação de *serviços públicos sociais*, como o serviço público de saúde, com o exato objetivo

Um caso emblemático que não raro acontece é o seguinte: um novo prefeito decide não manter determinado Termo de Parceria ou Contrato de Gestão com a entidade que presta serviços de saúde. Isso por qualquer razão, inclusive porque o termo celebrado não seguiu as regras de licitação (que não possui previsão legal) ou porque a entidade parceira foi escolhida pelo antecessor (que é seu adversário político). O novo prefeito rompe o vínculo, diminui o valor dos repasses de recursos, altera quase que a seu bel-prazer o objeto do ajuste. Quem sofre é a entidade privada parceria e os cidadãos dependentes de sua atuação. A solução para tal problema, talvez o mais grave de todos nessas modalidades de vínculo é: (i) a definição clara, por lei, do processo licitatório de escolha da entidade parceira; e (ii) a previsão de estabilidade do vínculo, com penalidades graves ao administrador que descumpre os deveres assumidos.

Além disso, no caso de o objeto do ajuste ser qualificado como *serviço público social*, como é o caso da saúde, é imprescindível a previsão de maior prazo para execução dos serviços, já que se trata de prestações contínuas. Nesses casos, são necessárias leis específicas para cada serviço social, que garantam prazo suficiente e, especialmente, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.⁵⁸ Ainda que nem sempre a entidade privada tenha de fazer grandes investimentos, como ocorre em regras nas parcerias para prestação de *serviços públicos econômicos*, há gastos vultosos em despesas contínuas, que devem ser suportadas, caso o Estado assuma a responsabilidade pelo serviço (que é seu dever).

de escapar de toda a disciplina inadequada dos convênios. Não obstante, encontra-se em vários dispositivos infralegais, nas diversas esferas federativas, no entendimento de Tribunais de Contas e outros órgãos de controle, tratamento idêntico entre o Termo de Parceria, o Contrato de Gestão e o Convênio. Chega-se ao ponto de denominar referidos modelos de ajuste como “*convênios e instrumentos congêneres*”.

58 No caso da saúde essa previsão legal existe, apesar de ser absolutamente descumprida. Trata-se da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que assim determina: Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde. § 1.º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados. § 2.º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Por fim, uma observação quanto à finalidade do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria. Ambas as leis prevêm expressamente que eles têm como objetivo *o fomento e a execução* das referidas atividades. Ora, o vínculo será para o *fomento* quando a atividade objeto do ajuste for um *serviço de relevância pública*. Quando tal atividade configurar *serviço público social* o vínculo será próximo à delegação de serviço público, com previsão de garantia de sua efetiva prestação e continuidade, como acima assinalado.⁵⁹ Nos *serviços públicos sociais*, assim como nos *serviços públicos econômicos*, o instrumento de ajuste com o prestador privado deve garantir o respeito aos princípios do serviço público. A entidade privada prestadora de serviços públicos de saúde deve obedecer aos princípios da gratuidade, continuidade, universalidade e integralidade, mas deve também, em contrapartida, ter respeitado seu direito de receber do parceiro público garantias jurídicas e financeiras que lhe assegurem condições, nos termos da avença, de cumprir seus deveres.

Ao interpretar as parcerias com o terceiro setor como mero mecanismo de incentivo estatal a atividades privadas, no qual não se reconhece o comprometimento do poder público com o resultado das prestações, está incentivando, na verdade, o desrespeito ao direito à saúde. Parcerias são úteis e necessárias, tanto na área econômica quanto social. Mas não é admissível que as parcerias público-privadas voltadas à execução de serviços públicos econômicos tenham maior estabilidade e segurança do que aquelas voltadas à garantia do direito à saúde.

5. Conclusões

Para assegurar todos os direitos previstos no texto constitucional, o Estado brasileiro tem o dever de adotar os modelos administrativos mais adequados para a prestação de serviços públicos. No setor de saúde, além da prestação direta, a Administração Pública pode valer-se

59 Com isso, ao se tratar o contrato de gestão e o termo de parceria, em determinadas hipóteses, como modelos de delegação, mais firme deve ser o vínculo e maior a responsabilidade estatal pela efetiva prestação do serviço – o que vai se comprovar pelos dispositivos contratuais em questão. Nessa perspectiva, Marçal JUSTEN FILHO assinala que: "(...) é imperioso verificar a natureza jurídica do ato pactuado sob a denominação de contrato de gestão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.36).

da *expertise* privada. Para tanto, podem ser celebradas parcerias instrumentalizadas por convênios (substituídos pelos termos de colaboração e termos de fomento), contratos de gestão, termos de parceria e concessões administrativas. A grande questão a ser enfrentada pela doutrina brasileira nos próximos anos reside na insegurança que alguns desses modelos de ajuste trazem à efetiva garantia do direito à saúde.

O problema decorre do entendimento equivocado de que os *serviços públicos sociais*, quando prestados por entes privados, consistem em atividades privadas meramente fomentadas pelo Estado. Essa concepção remonta ao final do século passado, quando o Estado não tinha o dever de prestar serviços públicos sociais, mas apenas os incentivava com fundamento em sua benemerência. A consequência desse modelo teórico reside na precariedade dos vínculos e na falta de comprometimento do poder público com a efetiva prestação dos serviços. Os serviços de saúde configuram dever do Estado e devem ser prestados (direta ou indiretamente) de modo eficiente, contínuo e adequado. Por isso são expressamente qualificados pela Constituição Federal como *serviços públicos*: para que o Estado assuma a responsabilidade por sua prestação (ainda que o faça de maneira indireta).

Ocorre que nas parcerias para a prestação de *serviços públicos sociais* em que o agente privado é desprovido de finalidade lucrativa, não há previsão dessa responsabilidade. Tanto nos convênios (agora substituídos pelos termos de colaboração e termos de fomento), quanto nos Contratos de Gestão com Organizações Sociais e nos Termos de Parceria com OSCIPs, a regra é a precariedade do vínculo e a possibilidade de desrespeito estatal às cláusulas regulamentares e financeiras da avença. O desafio consiste, portanto, na superação do entendimento segundo o qual tais modalidades de parceria devem ser interpretadas e regulamentadas como meros instrumentos de fomento estatal, desprovidos das garantias típicas dos vínculos de delegação de serviço público.

A solução do problema depende, assim, da adoção de mecanismos que exijam o comprometimento do poder público com a estabilidade jurídica e a viabilidade econômica das parcerias que têm como objeto a prestação de serviços públicos de saúde. Nessa direção, o modelo de ajuste mais adequado para a atuação privada no setor de saúde é a concessão administrativa. Resultado de uma adaptação do modelo

clássico de concessão de *serviços públicos econômicos*, a concessão administrativa traz uma série de mecanismos legais que protegem o agente privado contra o descumprimento de deveres, a irresponsabilidade e a prática de comportamentos contraditórios pelo poder público.

As parcerias com entidades do terceiro setor, em especial o contrato de gestão e o termo de parceria, são imprescindíveis para a garantia do direito à saúde. Mas sua disciplina jurídica merece reparos de *lege ferenda* e, enquanto isso não acontece, sua interpretação deve ter como parâmetro não a disciplina de convênios (substituídos pelos termos de colaboração e termos de fomento), que instrumentalizam mera atividade de fomento, mas a disciplina das concessões administrativas, que instrumentalizam a prestação privada de *serviços públicos*.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955. Tomo I.

CAÑADA, Isabel Maria V. **Público y Privado en la gestión de la Seguridad Social em España. Dimensión Jurídica**. Granada: Comares, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nova concepción). **Revista de Administración Pública**, n.140, maio/ago. 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994.

CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 3.ed. Paris: PressesUniversitaires de France, 2002.

DIAZ, Jose Ramon. **Estado Social e Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1989.

DOURADO, Maria Cristina C. de O. O repensar do conceito de serviço público. **Revista Interesse Público**, n.9, 2001.

DRUCKER, Peter. **Uma era de descontinuidade**: orientações para uma sociedade em mudança. Trad. J. R. Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1970.

DUGUIT, León. **Traité de DroitConstitutionnel**. 2.ed. Paris: AncienneLibrairieFontemoing, 1923. Tomo II

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do WelfareState. **Revista de Cultura e Política**, n.24, p.102, set. 1991.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, n.48, p.46, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões de serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, ano XXII, n.6, p. 648, jun. 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MODESTO, Paulo. O direito administrativo do terceiro setor: a aplicação do direito público às entidades sem fins lucrativos. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 7.ed. Paris: Montchrestien, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico). **Parcerias público-privadas e justiça**: uma análise comparada das diferentes experiências. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Trad. Luís C. de Aguiar. 4.ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v.2.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In*: _____. (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERGARA, Patrícia Lopes. Titularidad en el Servicio Público. **Revista de Derecho Administrativo**, ano 11, n.30-32, 1999.

VILLAR PALASÍ, José Luis. **La intervención administrativa en la industria**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.





O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E UNIVERSAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E OS ÚLTIMOS DESENVOLVIMENTOS NA HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA AMERICANA

*THE RIGHT TO HEALTH AS A FUNDAMENTAL
AND UNIVERSAL HUMAN RIGHT IN BRAZILIAN
CONSTITUTIONALISM AND THE LAST DEVELOPMENTS
IN THE HISTORY OF AMERICAN PUBLIC HEALTH*

**João Gualberto Garcez Ramos**

Professor Adjunto do curso de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Líder do Núcleo de Estudos Criminais – NEC/UFPR. Procurador da República no Estado do Paraná. *E-mail:* jg@penalista.pro.br.

**Carla Liliane Waldow Esquivel**

Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Doutoranda em Direito do Estado na UFPR. Membro do Núcleo de Estudos Criminais – NEC/UFPR. *E-mail:* carlawaldow@hotmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O desenvolvimento do Direito à Saúde e sua universalização: breve apanhado histórico. 3. A operacionalização do direito à saúde assegurado na Constituição Federal brasileira. 4. Situação da saúde pública nos EUA: últimos desenvolvimentos. 5. Conclusão. Referências.

RESUMO: O direito à saúde é um direito humano fundamental e universal. É fundamental porque imediatamente conectado com a vida e é universal porque se dirige a todos, indistintamente. Em razão de sua importância, foi expressamente reconhecido, no plano constitucional brasileiro. A partir desse reconhecimento e do delineamento das competências no âmbito sanitário, surgiram diplomas legais estabelecendo os institutos, as ações e as políticas públicas afetas à saúde coletiva. Não obstante todo o amparo legal que consagra a igualdade e a universalidade de acesso à saúde, milhares de pessoas dependentes da prestação social positiva por parte do Estado ficam sem atendimento preventivo ou curativo, demonstrando que na prática não se trata de um direito efetivamente universal. O direito americano, por sua vez, não ampara a universalidade de acesso em termos de saúde pública, objetivando que sejam compartilhados os seus custos, sobretudo através dos seguros de saúde. A obrigação pessoal de contratar seguro recentemente criada pela Lei de

Proteção ao Paciente e Saúde Saudável foi interpretada pela Suprema Corte como espécie de tributo destinado a financiar o sistema de saúde americano como um todo. Desse modo, todos aqueles que necessitarem de atendimento nessa seara poderão apelar ao Poder Público e a ideia de relativização dá espaço à universalidade de acesso naquele contexto.

SUMMARY: *The right to health is a fundamental and universal human right. It is crucial because it immediately connected to life and is universal because it is addressed to all without distinction. Because of its importance, is expressly recognized in the brazilian constitutional level. From such recognition and delineation of responsibilities in the health field, emerged statutes establishing institutes, actions and public policies about Public Health. Despite all the legal support that enshrines equality and universal access to health care, thousands of people dependent on positive social provision by the state are no preventive or curative care, demonstrating that in practice this is not a universal law actually. The American law, in turn, does not supports universal access in terms of public health, in order that the costs be shared, especially through health insurance. The personal obligation of contract insurance recently created by the Patient Protection Act and Healthy been interpreted by the Supreme Court as a kind of tribute to finance the American health care system as a whole. Therefore, all those who need assistance in this area may appeal to the Government and the idea of relativism gives way to universal access in that context.*

PALAVRAS-CHAVE: direito à saúde; direito brasileiro; direito americano; universalização; relativização.

KEYWORDS: *right to health-Brazilian law; American law; universal; relativization.*

1. Introdução

Importa esclarecer, preliminarmente, que o termo saúde está inevitavelmente associado às condições biopsíquicas do indivíduo, ao bem bem-estar físico que provém do equilíbrio de todos os órgãos e de

todas as funções do corpo humano, de tal forma que apresente o normal desenvolvimento. Assim definida, relaciona-se à normalidade, ao perfeito funcionamento, à completa harmonia e à correta função orgânica (RODRIGANEZ, 1992, p. 13). Essa concepção biopsíquica deve ser interpretada à vista, primeiramente, do conceito consignado pela Organização Mundial da Saúde, ou seja, como estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas como ausência de enfermidade como se pretendeu no momento anterior à Constituição desta Organização. No âmbito interno, a concepção de saúde deve ser interpretada à luz da sistemática informada no plano constitucional que, entre outros princípios, alude à *igualdade* e *universalidade* de acesso.

Nesse sentido, a Carta Política e a regulamentação interna a respeito do sistema sanitário refere-se à saúde pública ou à saúde coletiva, assim compreendida como o conjunto de condições para defender de possíveis enfermidades uma pluralidade de sujeitos. São condições de vida que garantem e promovem a saúde de todos os indivíduos indistintamente. Desse modo, as práticas, no âmbito sanitário, deixam de centrar-se no individual e no biológico, transformando-se em instrumentos de intervenção coletiva e, portanto, científicas, visando o seu bem-estar. Ademais, o termo saúde pública especificamente refere-se à arte de prevenir doenças, prolongar a vida e promover a saúde física, através da reunião de esforços entre o Poder Público e a comunidade (MERHY, 1982, p. 17-20; ROUQUAYROL, 2003, p. 681).

Portanto, o Estado tem um papel fundamental nas ações e práticas destinadas a viabilizar a saúde da população, bem como impedir resultados perigosos ou nocivos à saúde mais acentuados e difusos na atualidade. Objetiva-se o bem estar dos indivíduos enquanto componentes da sociedade como um todo e, ademais, que seja efetivamente viabilizada a igualdade e a universalidade de acesso no atendimento à saúde a todas as pessoas que necessitarem, de forma preventiva ou curativa.

No entanto, é de se questionar se, não obstante as diretrizes indicadas pela Organização Mundial da Saúde e amparadas pelo texto constitucional, o direito à saúde é concretizado, ou se os princípios alusivos ao sistema sanitário não passam de comandos meramente formais.

Diante dessa indagação, o presente artigo tem como propósito investigar o desenvolvimento do direito à saúde, particularmente no contexto jurídico-constitucional brasileiro, sua formatação legal-institucional, os princípios que lhe são aplicáveis e, principalmente, sua eficácia prática. Na sequência, e para efeitos de comparação, pretende-se realizar a análise dos últimos desenvolvimentos em termos de saúde coletiva no direito estadunidense, particularmente, a discussão a respeito da Lei de Proteção ao Paciente e Saúde Saudável proposta pelo governo de Barack Obama, cuja constitucionalidade foi questionada perante a Suprema Corte Americana.

A partir das investigações propostas, pretende-se fazer a análise dos critérios de igualdade e universalidade ou a relativização do acesso ao direito à saúde nos contextos brasileiro e americano.

Assim, para proceder a análise dessas características objetiva-se, no primeiro item, fazer o levantamento dos antecedentes históricos que deram origem às Constituições Federais brasileiras e a interpretação do conteúdo jurídico desse direito na atual Carta Política. É fundamental proceder-se, na sequência, à investigação da operacionalização do direito à saúde no contexto brasileiro, principalmente através da participação do Estado e dos particulares. Considerando a agitação que permeia a regulação da saúde coletiva no plano norte americano, mister identificar as suas formas de assistência e a construção da decisão da Suprema Corte em relação à Lei de Proteção ao Paciente e Saúde Saudável.

Para realizar esse trabalho, recorrer-se-á a um método de abordagem dialético, pelo qual, a partir de um diálogo entre afirmações e oposições, infere-se uma síntese. Para tanto, serão analisadas a doutrina, a legislação constitucional e o direito comparado, a fim de direcionar as futuras conclusões a respeito da formatação legal do direito à saúde desde as suas pioneiras manifestações até a operacionalização efetiva do direito no cenário nacional, na atualidade.

2. O desenvolvimento do Direito à Saúde e sua universalização: breve apanhado histórico

Verifica-se, através de uma digressão histórica, que a preocupação com a saúde e, sobretudo, com o seu tratamento jurídico, não é recente.

Num primeiro momento, é possível localizar a saúde no rol dos direitos ditos naturais do homem. Desse modo, a ideia de saúde estava envolta no manto da sobrenaturalidade, a doença associada à ideia de castigo e a cura das enfermidades dava-se através de procedimentos mágicos, circunscritos à alçada de curandeiros ou de feiticeiros. Essa mesma concepção de saúde permeou, igualmente, a Idade Média (SCHWARTZ, 2001, p. 28-29; DALLARI, 1988, p. 329).

Deve-se dar destaque, nessa análise, à Magna Carta inglesa, um dos primeiros documentos que fizeram constar a reivindicação de direitos. No entanto, os direitos reclamados não diziam respeito a uma classe oprimida, mas justamente aos detentores do poder; eram de natureza política e econômica e não tinham em vista a saúde da população.

Nesse correr histórico verifica-se que a conquista pelo direito à saúde não tinha nenhuma pretensão de ser desvinculada dos interesses das classes dominantes.

No século XVIII, marcado por inquietações político-sanitárias e pelo surgimento de medidas de controle e de vigilância de enfermidades, houve, pela primeira vez, a referência aos direitos estendidos a todos os homens, embora se apresentassem como uma reclamação da burguesia para o exercício da liberdade diante da aristocracia de então (DALLARI, 2001, p. 42).

Sobre a formulação da Declaração Universal dos Homens e do Cidadão, de 1789, Michel Villey observa que os direitos dela emanados (direitos formais do homem) não eram para todos, mas para alguns. Serviram para a destruição da monarquia, mas a substituíram por uma oligarquia. Significaram a dominação política da classe burguesa; na economia, do capitalismo (VILLEY, 2007, p. 161). Na ótica de Carlos Frederico Marés, a Declaração Francesa e o surgimento do Estado moderno não tiveram o condão de assegurar, na prática, o reconhecimento dos direitos dos homens ou, pelo menos, demoraria muito para que fossem efetivamente respeitados (MARÉS, 1994, p. 27-29).

No século XIX, marcado pela expansão do processo produtivo, em face da existência absoluta dos Estados soberanos, o papel dos indivíduos foi relegado a segundo plano. No tocante aos direitos próprios do homem, foram resumidos a poucas concessões pelos Estados, cuja soberania era ilimitada. No entanto, os abusos por parte desse poder e o sofrimento das pessoas em face das duas guerras mundiais que se seguiram evidenciaram a necessidade de proteção de direitos, dignidade e liberdades humanas. Surge, a partir daí, o reconhecimento expresso dos direitos humanos, inclusive no plano internacional.

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) é de 22 de julho de 1946 e entrou em vigor em sete de abril de 1948. Em seu preâmbulo consta que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Consta, ademais, que “a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados”. A OMS tem por objetivo que *todos os povos alcancem o mais elevado nível de saúde possível* e, para tanto, atuará como autoridade diretora e coordenadora dos trabalhos internacionais no domínio da saúde, estabelecendo e mantendo a colaboração entre Estados. O documento fundador da OMS dispõe que lhe cabe promover, em cooperação com outros organismos especializados e quando for necessário, o melhoramento das condições mínimas de vida digna, como, entre outros, alimentação e da habitação, saneamento e higiene do meio ambiente, além de desenvolver normas internacionais com respeito de alimentos, medicamentos, produtos biológicos e outros aspectos (Constituição da OMS, art. 2º, inciso I, letra “u”).

Com a Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, a saúde passa a ser efetivamente considerada um direito. Assegura-se a todo homem, através desse documento, “[...] um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...]”.

A partir dessa declaração, que denota uma preocupação que ultrapassa os limites territoriais e influencia todas as cartas constitucionais elaboradas no período pós-guerra, surgem outros importan-

tes documentos que têm o condão de dar mais força ao conteúdo das prerrogativas fundamentais. Consagra-se, desse modo, a *universalização* dos direitos humanos, surgindo a necessidade de sua proteção por um sistema normativo internacional, com vigência *erga omnes* (GOU-DINHO, 2006, p. 3).

Ocorre, contudo, que, apesar de toda a história que permeia o surgimento dos direitos humanos bem como sua característica de universalidade, muitos atentados a esses direitos continuam sendo cometidos. Nesse sentido, no dizer de Carlos Frederico Marés,

[...] a universalidade, assim formulada, está muito longe daquela proposta pela Declaração de 1946 e traduzida juridicamente nas nossas Constituições atuais, porque estas são na verdade princípios civilizatórios impostos para todas as culturas. Se fizermos esta mesma análise em relação aos direitos humanos de ultima geração, os direitos econômicos e sociais, sua parcialidade surge com mais clareza: os direitos econômicos não são mais do que o direito a gozar o desenvolvimento segundo padrões capitalistas, isto é, sob a concepção da cultura dominante, o que é uma forma de colonialismo (MARÉS, 1994, p. 8-9).¹

No tocante ao direito à saúde, importa destacar que, com o advento da sociedade industrial e mesmo após ter sido reconhecida como um dos direitos fundamentais do homem, no período pós-industrial, a preocupação restringia-se ao bem-estar dos indivíduos componentes da força de trabalho.

Quanto a esse aspecto, Sueli Gandolfi Dallari aduz que:

Vivendo nas cidades, relativamente próximas, portanto, dos industriais, os operários passam a almejar padrão de vida semelhante. Conscientes de sua força devida à quantidade deles organizam-se para reivindicar tal padrão. Entretanto, cedo o empresariado percebeu que precisava manter os operários saudáveis para que sua linha de montagem não sofresse interrupção. Percebeu também que, devido à proximidade espacial das habitações operárias, ele poderia ser contaminado pelas doenças de seus empregados. Tais conclusões induziram outra: o Estado deve se responsabilizar pela saúde do povo. É claro que para ele – empresário – o povo era apenas os operários uma vez que os cuidados

¹ Para Wolfgang Kersting a crítica aos direitos humanos e, particularmente, a respeito da sua universalidade, resultaria de uma má consciência do liberalismo e de uma estigmatização do universalismo como colonialismo com meios morais (KERSTING, 2003, p. 87).

individuais de saúde eram facilmente financiados pelos industriais. Por outro lado, eles faziam também parte do povo quando exigiam que o Estado garantisse a ausência de doenças contaminantes em seu meio ambiente. E, como o Estado liberal era instrumento do empresariado nessa fase da sociedade industrial, foi relativamente fácil a transferência das reivindicações operárias de melhores cuidados sanitários dos empresários para o Estado (DALLARI, 1988, p. 329).

Esse desenrolar histórico foi igualmente sentido no cenário nacional. Assim, nos períodos pré-colonial e colonial verifica-se o predomínio da doença associada a causas sobrenaturais e a procedimentos curativos mágicos. Além da influência religiosa, por um longo período, a saúde foi reduzida a tímidas políticas de saúde, inclusive no plano constitucional. Nesse sentido, as Cartas Políticas de 1824 e 1891 não trataram do direito à saúde, apesar da existência, já nesse momento, de significativos problemas nessa seara (v.g. epidemias de doenças infecto-contagiosas como a malária, a varíola, a febre amarela, a cólera, a tuberculose) (CARVALHO, 2003, p. 15-31).

No período de 1900 a 1930, o Brasil, caracterizado por uma economia agroexportadora, necessitava de mão de obra assalariada composta tanto de brasileiros como de imigrantes europeus. Havia, nesse contexto, a preocupação com o combate das epidemias características dessa época e com o saneamento dos portos e das cidades. O Estado passou a assumir o controle dessas questões. Primeiramente assumiu, com exclusividade, a administração e os serviços relativos à saúde, posteriormente permitiu maior participação e influência de proprietários privados diante do setor da saúde (TAVEIRA; ALMEIDA, 2010, 85-87).

As Cartas Políticas que se seguiram a esse período calavam-se a respeito da saúde coletiva ou, no máximo, faziam alusão à distribuição de competências legislativas e administrativas no âmbito sanitário, como fazia a Constituição de 1934. Nesse sentido, Constituição de 1937 nada estabelecia a respeito do assunto, enquanto Constituição de 1946 apenas indiretamente a ele se referia, ao dispor sobre o direito à vida. Segundo Ediná Costa, a saúde era reconhecida, particularmente nas Cartas de 1934 e 1937, como “[...] direito do trabalhador, inserido no mercado formal de trabalho, determinando sua assistência médico-social” (COSTA, 2001, p. 20). Por sua vez, apesar da existência da Decla-

ração Universal de Direitos e da Constituição da Organização Mundial da Saúde, a Magna Carta de 1967 apenas cuidava da competência para estabelecer planos nacionais de educação e saúde. As referidas constituições circunscreviam-se, portanto, no máximo, à indicação da competência no âmbito da saúde pública (ROCHA, 1999, p. 38-39).

Foi a Carta Constitucional de 1988 que, a exemplo de outras desse período, consagrou, pela primeira vez, no rol dos *direitos sociais*, o direito à saúde, para dar guarida aos direitos sociais do pós-guerra e a fim de que não pairasse qualquer dúvida a respeito desse direito-dever.

A referida Constituição, que acolheu a ideia da *universalidade dos direitos* humanos, indicou expressamente o direito à saúde, ao lado de outros direitos sociais igualmente fundamentais, dispondo que “são direitos sociais a educação, 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” (art. 6º). E no art. 196 dispõe que “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Não obstante seu caráter *social*, o direito à saúde encontra-se inevitavelmente conexionado com outros bens igualmente fundamentais, o que pode ser vislumbrado através da análise sistemática da Constituição da República.

É de observar-se, nesse rumo, que, no rol dos direitos e das garantias fundamentais do homem, está consagrado, no preâmbulo do art. 5º da Constituição, o direito à vida, valor supremo intimamente ligado ao direito à saúde, dele necessariamente decorrente. Dessa maneira, o direito à saúde, na qualidade de direito fundamental, incluído na mesma categoria jurídica do direito à vida, constitui pressuposto desta e ressaí como um direito absoluto, irrenunciável e indisponível, sendo possível afirmar que a vida e a saúde são bens jurídicos essenciais à *existência humana*.²

2 Hannah Arendt, em *A condição humana*, reporta-se à existência humana como algo distinto mas relacionado com a condição humana, porque relacionado ao labor, uma das atividades fundamentais da vida activa, que assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie (ARENDE, 1997, p. 15-16).

Outrossim, para a efetivação do direito à saúde e, em consequência, do próprio direito à vida, é mister que se verifiquem as *condições mínimas* para usufruí-la. Essas condições mínimas de vida repercutem em uma existência digna, igualmente reconhecida no texto constitucional. Por outro lado, o exercício desses direitos somente é possível em um Estado Democrático de Direito, que centraliza e unifica todos os direitos e garantias arrolados no texto constitucional, de modo que não há direito à saúde, à liberdade, à vida, ou qualquer outro direito sem que se atinja, diretamente, a dignidade da pessoa humana (FARIAS, 1996, p. 48).

Imediatamente relacionado ao postulado da dignidade da pessoa humana, e especialmente vinculado ao direito à saúde, está o princípio da igualdade. Significa dizer que, para uma existência digna, não podem ser admitidas desigualdades profundas entre os componentes da sociedade e que todas as pessoas, indistintamente, têm direito à saúde, aos serviços de saúde e à manutenção da sua dignidade (SANTOS, 1999, p. 79).

De outra parte, sendo um dos chamados direitos sociais, emanado de um Estado Democrático de Direito, está o direito à saúde relacionado, inevitavelmente, à satisfação das “[...] *necessidades mínimas* para que se tenha dignidade e sentido na vida humana [...]” e, por essa razão, compete ao Estado fazer-se presente, através de prestações públicas que visem superar as carências individuais e sociais (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 139.³ Trata-se, ademais, de direito público subjetivo, intrínseco ao indivíduo, e, por isso, exigível ao Estado pelos instrumentos judiciais adequados (EUCLIDES, 2001, p. 46).

Por fim, cuida-se de *direito universal* na medida em que se destina a todo e qualquer ser humano, independentemente da classe social ou econômica a que pertence.

3 Na lição de José Afonso da Silva na Constituição de 1988, a saúde foi considerada direito social, ou seja, “[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. Para esse autor, trata-se de verdadeiro direito fundamental na medida em que condiciona a efetiva fruição dos direitos fundamentais, sobretudo o direito à vida e vida com dignidade (SILVA, 1990, p. 289).

3. A operacionalização do direito à saúde assegurado na Constituição Federal brasileira

Verifica-se que o direito a saúde é delineado, na Carta Política de 1988, como um direito social. Assim considerado, na lição de Germano Schwartz, tratando-se de um direito social, também se pode dizer que possui uma característica positiva, devendo o Estado garantir a efetividade do direito à saúde. Com esse caráter, segundo o mesmo autor, igualmente possui uma característica negativa, devendo o Estado furtar-se de práticas prejudiciais a esses direitos (SCHWARTZ, 2001, p. 53, 71.). Sobreleva-se, assim, o interesse do grupo em detrimento do interesse privado, reclamando-se do Poder Público certas prestações materiais que incidirão, diretamente, na qualidade de vida dos homens. Trata-se, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet, não de um direito perante o Estado, mas por intermédio deste, um direito social prestacional. Outorga-se ao indivíduo direito a prestações sociais estatais que garantam a distribuição pública de bens essenciais não disponíveis para todos os que dele necessitem como, entre outros, a saúde. Esse direito às prestações sociais tem por finalidade assegurar um mínimo existencial (SARLET, 2011, passim).⁴

O direito à saúde repercute na qualidade de vida das pessoas, na política de saúde e no próprio desenvolvimento econômico do país, razão de sua expressa previsão no texto constitucional. Sua importância vincula e impõe providências de toda a comunidade (pessoas físicas, jurídicas, públicas ou privadas, do poder político ao econômico) para que ele seja efetivado (COSTA, 1997, p. 138). Assim, tratando-se de um direito social, fica evidente que não basta reconhecê-lo. Importa que seja operacionalizado através de políticas públicas que primem pela qualidade de vida.

Essa obrigação indicada no Texto Magno ressaí anteriormente dos preceitos da Constituição da OMS, onde se lê “que os governos têm a responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só poderá ser cumprida através da adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

É por essa razão que, juntamente com o reconhecimento desse valor fundamental, o legislador constituinte distribuiu as competências

4 A respeito dos direitos sociais prestacionais conferir, também, SANCHÍS, 2009, p. 167 e ss.

entre a União (art. 24, VI, VIII e XII), os Estados (art. 24 §§ 1 e 2, e 30, II), Municípios (art. 30, II), além de permitir que a execução dos serviços de saúde seja realizada pela iniciativa privada, sem excluir a participação da comunidade. Estabeleceu, ademais, as formas de implementação dessas garantias, ou seja, “vinculou a realização do direito à saúde às políticas sociais e econômicas e ao acesso às ações e serviços destinados, não só, à sua recuperação, mas também, à sua promoção e proteção” (DALLARI, 2001, p. 44).⁵⁻⁶

Mais do que isso, delineou ações fundamentais em saúde pública, entre as quais se destacam a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; a participação da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; o incremento em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; a fiscalização e controle da produção e distribuição ao consumo de alimentos, medicamentos e outras substâncias.⁷

Em decorrência disso surgiu a Lei n. 8.080/1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e estabelece mecanismos para a operacionalização das disposições constitucionais, definindo as atribuições do SUS em suas três esferas de governo” e a Lei n. 8.142/1990 que dispõe a respeito da participação

5 Verifica-se que o texto constitucional não estabelece exclusividade ao Estado na promoção do direito à saúde, dividindo esse ônus com a iniciativa privada e a comunidade. Dessa maneira, a partir da Carta Política de 1988 a saúde da população no âmbito nacional é dividida da seguinte maneira: Sistema Único de Saúde (SUS), por sua natureza pública e integrado por serviços estatais dos municípios, estados e União, além dos contratados (filantrópicos e lucrativos) é destinada a toda a população e constitui a única possibilidades de atenção à saúde para mais de 140 milhões de brasileiros entre os que possuem baixos rendimentos, empregos precários os estão desempregados; Sistema de Assistência Médica Supletiva (SAMS), caracterizada por seu caráter privado, pelo pré-pagamento por parte de empresas ou usuários para assegurar a assistência médica quando necessário, verificando-se grande crescimento desse segmento a partir da década de 1980; e o Sistema de Desembolso Direto (SDD) (PAIM, 2008, p. 22-24). Oportuno se faz trazer à colação a contribuição de Gastão Wagner de Sousa Campos de que o sistema privado não faz Saúde Pública e defesa coletiva das condições da vida e por isso cabe ao Estado não só a assistência médico-hospitalar a 80% da população, como todas as ações de prevenção e de promoção da saúde (v.g. saneamento básico, vigilância sanitária e epidemiológica, execução de programas de prevenção e tratamento de doenças de massa, etc.). e para tudo isso é imprescindível o investimento público que, a propósito, é baixíssimo no Brasil, que segue a cartilha neoliberal de infirmos recursos destinados à solidariedade social (PAIM, 2006, p. 166-167).

6 Nesse sentido conferir SCHWARTZ, 2001, p. 97-120; DIAS, 2003; DALLARI, 1998, p. 57-63.

7 Art. 200 da Carta Constitucional de 1988.

da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, além de definir os principais instrumentos de gestão e controle social para o sistema de saúde (BRASIL, 2003, p. 41).

A Lei Orgânica de Saúde (Lei n. 8.080/1990), que surge a partir da Carta Política de 1988, está em perfeita simetria com esta, estabelecendo princípios norteadores do Serviço Único de Saúde e albergando um novo modelo nessa seara. Desse modo, de um conceito como ausência de doença passa-se à concepção de saúde preventiva, e de práticas centradas na assistência médica individual para práticas capazes de intervir no processo por meio de ações integrais de saúde.⁸⁻⁹ Ademais, entre os seus princípios reitores estão a universalidade, a igualdade e a integralidade. Significa dizer que a todos, indistintamente, é garantido o acesso a todos os níveis de assistência. Para o acesso aos serviços de saúde não poderá subsistir qualquer tipo de restrição ou condição, favoritismos ou discriminações. No tocante à integralidade de assistência do SUS, quer dizer que “[...] deverá ser garantida a proteção, promoção e recuperação de sua saúde, de acordo com as necessidades que apresentar e em todos os níveis de complexidade do sistema”. Elaine Cardoso de Matos Novais

8 Nesse sentido, a Lei nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, dispõe sobre o Sistema Único de Saúde. O art. 2º da Lei, em referência, dispõe que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”, garantindo-a através da formulação 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 único e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e a recuperação (§ 1º)”. Considerados como fatores determinantes e condicionantes a Lei prevê, entre outros, alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País”. Nesse documento legislativo é definida a Vigilância Sanitária (art. 6º, § 1º) como “um conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo: I – o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e II – o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde”.

9 De acordo com Elaine Cardoso de Matos Novais Teixeira, antes da Carta Política de 1988, a saúde era tratada no Brasil de forma contraprestacional e antes do surgimento do SUS, “[...] havia a centralização dos serviços na União, que prestava assistência médica aos trabalhadores urbanos, rurais e servidores civis e militares, através do Ministério da Previdência e Assistência Social. Já estados e municípios prestavam assistência médica a seus servidores. Ou seja, quem não tivesse carteira assinada ou vínculo estatal não tinha direito à assistência médica pública”. Refere-se a autora como uma vitória do Movimento Brasileiro de Reforma Sanitária que teve lugar nas décadas 70 e 80 (TEIXEIRA, 2008, p. 23).

Teixeira indaga sobre a garantia dos serviços de saúde a todos de forma efetiva e com poucos recursos, e aduz que é inviável no Brasil o sistema público suportar sozinho o ônus da prestação de serviços de saúde, razão pela qual abre-se espaço para a saúde suplementar e pagamento de serviços de acesso à saúde por desembolso direto (TEIXEIRA, 2008, p. 30.). Ainda que os recursos sejam insuficientes, referido direito no sistema de saúde brasileiro é, consoante mencionado supra, *universal*.

Outrossim, com a Lei n. 8.080/1990 e a Lei n. 8.142/1990, foi implementada a construção do SUS - Sistema Único de Saúde, além de melhorias na gerência e capacidade de regulação. E na passagem da década de 1990 para o século XXI houve algumas execuções que tiveram o condão de melhorar as políticas de saúde, como, entre outras, a criação da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei n. 9.728/1999) e da ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei n. 9.961/2000), esta última com a competência de estabelecer regras ao mercado da assistência à saúde; a adoção do Cartão SUS nos municípios; além de outras importantes medidas, sobretudo no âmbito da assistência farmacêutica com a distribuição de medicamentos essenciais e excepcionais e o Programa Farmácia Popular. Posteriormente, além dessas medidas, verifica-se, no âmbito do Ministério da Saúde, políticas estratégicas para mudança do padrão assistencial, com a implantação do Programa dos Agentes Comunitários de Saúde e o Programa Saúde da Família, priorizando a atenção básica da saúde (PAIM, 2008, p. 29; RIZZOTTO; CONTERNO, 2001, p. 91-92; BRASIL, 2003, p. 171; SANTOS, 2006, p. 123.).

Além da previsão da necessidade de implementação de políticas públicas, como a do financiamento, pela União, Estado, Municípios, Distrito Federal, Previdência Social, entre outras fontes, do Sistema Único de Saúde, na seara infraconstitucional e por determinação do texto constitucional, surge a legislação ordinária, na tentativa de garantir que o direito à saúde seja efetivamente assegurado, através de processos preventivos, curativos e de proteção jurisdicional.

No contexto brasileiro o problema não é a garantia da igualdade e universalidade de acesso, visto que está consagrado o direito à saúde na

Carta Política, assim como delineadas as ações e políticas nessa esfera, mas a materialização ou eficácia dessas normas.¹⁰

Andréas J. Krell chama a atenção ao paradoxo brasileiro, no sentido de estar o Brasil entre as dez maiores economias do mundo, possuir uma Constituição muito avançada em relação aos direitos sociais, mas mais de 30 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza:

A maioria dessas pessoas não encontra um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome. [...] A Constituição do Brasil sempre esteve numa relação de tensão para com a realidade vital da maioria dos brasileiros e contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida; o texto legal supremo, para muita gente, representa apenas uma categoria referencial bem distante. Encontra-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais (KRELL, 2000, p. 26).¹¹

Uadi Lammêgo Bulos, em sua análise a respeito dos direitos sociais, posiciona-se identicamente a esse respeito, vejamos:

[...] a incolumidade do indivíduo, nos casos de doença ou mal-estar, não tem sido, do ponto de vista efetivo, direito de todos, nem, tampouco, dever do Estado” [...] Assim, a norma em epígrafe não tem desempenhado qualquer efeito concreto, porque, no Brasil, o acesso à saúde é proporcional à situação econômica da pessoa. No direito constitucional anterior era pior, porque o constituinte simplesmente dava competência, no nível de organização administrativa, à União para

10 Para Germano Schwartz, o problema sanitário está estritamente vinculado à sua natureza política, ou melhor, à falta de vontade política. Pode-se afirmar, com o autor, que a questão alimentar, inserida na Saúde Pública, segue o mesmo raciocínio. Assim, muitos dos problemas de origem alimentar estão, por certo, conexiados a problemas de índole política. Assim, ocorrem choques entre grandes indústrias alimentares e a legislação alimentar, que se encontra, muitas vezes, alheia, não raro por interesses puramente patrimoniais. E mais adiante afirma, categoricamente, que o art. 196 da Carta Magna não tem sido aplicado, e em consequência, não se efetivou o direito à saúde. Isso é observado no próprio contexto, com problemas como, por exemplo, de nutrição, o que se deve até mesmo às incorreções do sistema educacional (através do esclarecimento e da prevenção) ao lado da falta de vontade política, razão pela qual é necessária a intervenção estatal (SCHWARTZ, 2001, p. 147-155).

11 Igualmente adverte Ricardo Rodrigues Gama que “No Brasil atual, a falta de recursos, o descaso das autoridades, o sucateamento da saúde e os frequentes golpes à previdência social, fazem emergir um sistema debilitado e sem condições de atender as letras da Constituição Federal” (GAMA, 1998, p. 274).

legislar sobre defesa e proteção à saúde, no sentido de se combater as endemias e as epidemias" (BULOS, 2000, p. 1170-1171).

Do exposto acima, parece que o direito a saúde, expressamente previsto na Carta Constitucional e indicado nas normas protetivas de matiz internacional, não é, de fato, um direito *universal*. É provavelmente certa a afirmação de Marés no sentido de que representam princípios civilizatórios impostos para todas as culturas. Ademais, considerando os antecedentes legislativos supraindicados e a separação existente entre os *standards* jurídicos e a materialização desse direito, é possível argumentar que há uma certa perpetuação da situação de exclusão social no âmbito da saúde coletiva.

Apenas para fins de comparação, e porque o assunto tem sido muito comentado pela doutrina estrangeira, cumpre expor a situação da saúde pública nos EUA, país que costuma exportar seus modelos, mesmo aqueles que não parecem dar certo, para países periféricos, como é o caso do Brasil.

4. Situação da saúde pública nos EUA: últimos desenvolvimentos

No biênio 2010-2012, a questão da saúde nos EUA ganhou as manchetes mundiais, principalmente por causa da iniciativa do presidente norte-americano Barack Obama de enviar ao Congresso uma proposta de lei de alteração desse sistema.

Tratava-se de uma proposta de campanha do presidente Obama que, entretanto, aguçou as históricas rivalidades entre o Partido Republicano e o Partido Democrata. O desenvolvimento dessa iniciativa, não inteiramente completado, teve repercussões importantes principalmente no campo do Direito Constitucional norte-americano.

Antes de seguir adiante na exposição de como se deu esse desenvolvimento, cumpre explicar como funciona o sistema de saúde nos EUA.

Em primeiro lugar, nos EUA não existe um sistema público de saúde calcado no conceito de *universalidade*. Nos EUA, o sistema público de saúde existe para proteger apenas as parcelas da população consideradas vulneráveis e, ainda assim, na medida dessa vulnerabilidade.

As que podem pagar por um tratamento de saúde ou por um seguro de saúde devem fazê-lo. Por isso que se diz que o sistema norte-americano de saúde pública não é universal.

O sistema público de saúde é formado por alguns poucos mecanismos. Os principais são o *Medicare*, o *Medicaid*, o CHIP, o COBRA e o *Tricare*. Nenhum deles garante cobertura gratuita. A maior parte garante cobertura com preços reduzidos. O *Medicare* é um sistema de seguro de saúde, de natureza pública, destinado a proteger a saúde de pessoas com 65 ou mais anos, bem como de pessoas mais jovens que possuam doenças incapacitantes, como as doenças renais crônicas, em estado avançado. É um seguro público, subsidiado e não inteiramente pago pela União e funciona como um regulador, que distribui o risco financeiro relacionado com o pagamento dos tratamentos das doenças que venham a afetar seus usuários, de modo a beneficiar a todos. O *Medicaid* é um mecanismo administrado pelos estados-membros, financiado por eles e pela União e se destina às pessoas de menor renda, com certas doenças incapacitantes. As pessoas devem se inscrever no sistema, que os qualifica ou não, conforme sua capacidade econômica e outros atributos. Isso significa que nem toda a pessoa pobre, nos EUA, pode ser incluída no *Medicaid*. A sigla CHIP significa *Children's Health Insurance Program* e é um programa administrado pelos estados-membros e destinado às crianças de famílias pobres. Proporciona cobertura de saúde total ou parcial às crianças oriundas de famílias pobres, conforme as normas de cada estado-membro. O governo norte-americano informa que todos os estados-membros garantem, nesse caso, cobertura para *check-ups* de rotina, imunizações, cuidados hospitalares, tratamento dentário, exames laboratoriais e de raio-X.¹² Outro programa governamental é o COBRA, sigla que significa *Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act*. Esse programa se origina de uma lei com o mesmo nome e é destinado às pessoas momentaneamente desempregadas. Sua cobertura é parcial e vale por um período determinado, geralmente quinze meses, enquanto a pessoa não puder ser absorvida por um outro programa de cobertura de saúde. Por fim, o *Tricare* se destina aos militares da ativa e aos reformados e tem um

12 Conferir em: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <www.uscourts.gov/uscourts/courts/ca11/201111021.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

amplo espectro, além de cobertura em todo o mundo, notadamente onde os EUA possuem bases militares.

A maior parte da população norte-americana, contudo, deve buscar sua cobertura de saúde através de seguros privados, alguns proporcionados pelas empresas e outros buscados pelo próprio interessado junto às seguradoras. Cada seguro privado funciona de uma maneira diferente, assim como ocorre no Brasil. E, evidentemente, cada seguro custa mais ou menos, dependendo de certos dados atuariais, como faixa etária e doenças pré existentes, por exemplo.

O sistema norte-americano de saúde funciona dentro da lógica capitalista, que sempre busca uma solução de mercado. A ideia é de que quanto mais pessoas usarem seguros de saúde, mais barato eles ficarão para todos. Por isso os seguros privados são estimulados e a cobertura pública não é universal. Se fosse universal – esse é o raciocínio preponderante nos EUA – haveria menos estímulo a buscar cobertura privada e os preços dos seguros de saúde subiriam para todos, arruinando o funcionamento do sistema como um todo.

No entanto, com o surgimento e incremento dos programas públicos de saúde, bem como com o crescimento do desemprego, a busca de cobertura privada vem paulatinamente diminuindo nos EUA.

Os cálculos do governo norte-americano dão conta de que, em 2012, uma parcela próxima de cinquenta milhões de pessoas, nos EUA, não possuíam nenhuma cobertura de seguro de saúde (DENAVAS-WALT; PROCTOR, 2010). Outras fontes afirmam que 44 milhões de norte-americanos não possuíam qualquer cobertura de saúde e que uma parcela de 38 milhões possui uma cobertura insuficiente.¹³

Essa falha de cobertura de seguros de saúde, segundo o governo democrata de Barack Obama, prejudica o funcionamento do sistema como um todo, na medida em que um número cada vez maior de pessoas não contribui e, regularmente ou não, acaba se beneficiando dos programas de saúde oficiais. Daí que os custos do sistema de saúde, que são rateados entre todos os contribuintes, acabam por subir indiscriminadamente. Com isso, aumenta cada vez mais o risco das famílias

13 Dados encontrados na página da rede pública de televisão PBS – Public Broadcasting System. Disponível em: <www.pbs.org/healthcarecrisis/uninsured.html>. Acesso em: 11 jan. 2013.

de classe média serem levadas a uma situação de insolvabilidade por conta de um tratamento de saúde. Para enfrentar essa situação, em 2010 o governo Obama esforçou-se por aprovar no Congresso um projeto de lei que se transformou na “Lei de Proteção ao Paciente e da Saúde Acessível” (*The Patient Protection and Affordable Care Act*). Essa lei é conhecida pela sigla ACA, bem como pela alcunha *Obamacare*. O presidente Barack Obama assinou-a em 23 de março de 2010.

Essa lei contém principalmente normas de direito do consumidor, que procuram regular melhor a atividade de seguro de saúde, impedindo ou restringindo a liberdade das seguradoras de aumentar o prêmio de seguro de saúde em determinadas situações (idade e condições preexistentes, por exemplo) e de limitar os gastos totais de tratamento de saúde a um determinado valor.

Por considerar que a falta de cobertura de seguros de saúde prejudica o sistema como um todo, a lei de 2010 criou uma obrigação pessoal (*individual mandate*) dirigida a cada americano – pelo menos a cada americano que paga impostos – de possuir um seguro de saúde. Quem não tiver uma cobertura de saúde adequada por ocasião da apresentação de sua declaração anual de imposto de renda deverá pagar uma espécie de multa, a qual será revertida para financiar o sistema de saúde como um todo. Nessa lei há também uma norma que impõe que os estados-membros instituem a obrigação pessoal (*individual mandate*) aos seus funcionários.

“Minutos depois da assinatura” da lei¹⁴, 26 estados-membros, a Federação Nacional do Comércio Independente (*National Federation of Independent Business*) e dois autores individuais ingressaram com uma ação judicial na Corte Federal Distrital do Distrito Norte do Estado da Flórida (*United States District Court for the Northern District of Flórida*) contestando sua constitucionalidade, desde que feriria a cláusula do comércio (*commerce clause*), estabelecida na Constituição norte-americana nos seguintes termos: “O Congresso terá poder de [...] regular o comércio com as nações estrangeiras, e entre os diversos estados-membros, e com as tribos indígenas” (Constituição norte-americana, art. 1º, seção 8, cláusula

14 Essa informação precisa consta da sentença proferida pelo juiz federal Roger Vinson, que julgou a ação pela Corte Federal Distrital do Distrito Norte do Estado da Flórida.

sula 3ª). Segundo a argumentação desenvolvida pelos estados-membros, a obrigação individual (*individual mandate*) estaria obrigando alguém a contratar um seguro e a situação anterior – ausência de cobertura mínima de um determinado cidadão – dificilmente poderia ser considerada uma atividade comercial e, com isso, à União falaria competência para legislar a respeito. O Congresso norte-americano não poderia legislar a respeito de uma atividade comercial antes dela acontecer.

O juiz Roger Vinson do referido órgão judicial federal de 1ª instância prolatou uma sentença, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei com base nos argumentos apresentados pelos estados-membros.

Em doze de agosto de 2011, essa decisão foi confirmada pelo Tribunal Federal de Apelação do 11º Circuito (*United States Appeals Court for the 11th Circuit*), numa decisão de mais de trezentas páginas (UNITED STATES, 2011).

O governo norte-americano apelou então à Suprema Corte, que em 2012 emitiu *writ of certiorari* para analisar três dos casos decididos em primeiro grau pela Corte Federal Distrital do Distrito Norte do Estado da Flórida e em grau de apelação pelo Tribunal Federal de Apelação do 11º Circuito. Na Suprema Corte, o caso passou a ser conhecido como *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*.

O que aconteceu no julgamento da Suprema Corte é muito significativo e talvez seja uma decisão – um *leading case* – a ser estudado pelos anos vindouros. Em alguns aspectos, é parecido com a decisão *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Conforme se sabe, o mecanismo de decisão utilizado pela Suprema Corte norte-americana é, em grande medida, secreto. Os juízes associados e o juiz-presidente discutem o caso em reuniões fechadas mesmo aos acesores dos juízes e somente “abrem” a Suprema Corte em duas situações específicas: a) quando arguem o caso, isto é, quando ouvem as partes recorrente e recorrida, os *amici curiae* e todos aqueles que forem admitidos a argumentarem a respeito do caso e; b) quando anunciam a decisão já tomada. A decisão propriamente dita foi tomada longe do escrutínio público (RAMOS, 2006, p. 90-97). Apenas após a publicação da decisão, pela análise das opiniões publicadas pelos juízes é que se pode saber qual foi o “placar” da decisão.

No caso, as opiniões publicadas mostram que houve uma cisão dentro da Suprema Corte a respeito. Quatro juízes associados, considerados conservadores (Antonin Scalia, Anthony M. Kennedy, Clarence Thomas e Samuel Alito) acataram os argumentos dos autores e declararam a inconstitucionalidade da “Lei de Proteção ao Paciente e da Saúde Acessível” (*The Patient Protection and Affordable Care Act*). Quatro juízes, considerados liberais (Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan) reconheceram sua constitucionalidade.

O que houve de surpreendente na decisão foi a posição assumida pelo juiz-presidente John G. Roberts, tido e havido como um conservador e indicado pelo ex-presidente George W. Bush.

Diante do empate, o que se esperava – de acordo com sua ideologia – é que desempatasse a votação no sentido da declaração da inconstitucionalidade da lei, golpeando de morte o plano do presidente norte-americano Barack Obama de reformar a saúde pública nos EUA. Todavia, uma decisão nesse sentido, por uma votação apertada e definida por um juiz-presidente nomeado pelo presidente republicano que acabava de deixar o poder, conforme nota Jeffrey Toobin, colocaria a Suprema Corte no centro da campanha eleitoral norte-americana. Torna-la-alvo fácil do ataque dos políticos do Partido Democrata. Poderia corroer sua autoridade moral – como ocorrera anos antes no julgamento *Gore v. Bush*, 531 U.S. 98 (2000), que determinou o fim da apuração da eleição no Estado da Flórida e a consequente vitória do presidente George W. Bush. No pior cenário, poderia redundar na perda de autoridade jurídica da própria Suprema Corte (TOOBIN, 2012, cap. 23).

Essa situação é parecida com aquela na qual se encontrara o juiz-presidente John Marshall pouco depois da posse do presidente norte-americano Thomas Jefferson, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Naquela ocasião, o pleito levado à Suprema Corte, na forma de um *writ of mandamus*, tinha também fortes implicações político-eleitorais. Se a Suprema Corte decidisse a favor do queixoso, William Marbury, um dos *midnight judges*, afrontaria o recém-eleito presidente Thomas Jefferson, que negara sua posse. Se negasse o pedido, negando a posse de Marbury, reconheceria a ilegalidade de sua nomeação, feita nos últimos minutos do último dia do mandato do ex-presidente John Adams, de quem, aliás, John Marshall

fora secretário, o que seria politicamente danoso e o colocaria contra os seus pares. Para não contrariar nenhum dos lados, escolheu um caminho alternativo e inteiramente novo. Decidiu não conhecer do *writ* e declarar a inconstitucionalidade de parte da lei judiciária de 1789, que atribuía competência originária para a Suprema Corte nesses casos. Como o resultado final foi favorável ao presidente Thomas Jefferson, ninguém naquele momento percebeu claramente que a Suprema Corte tinha atraído para si um poder enorme, ao dizer-se competente para analisar a validade das leis oriundas do Congresso norte-americano, frente à Constituição (RAMOS, 2006, p. 102).

No julgamento do caso *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*, o juiz-presidente John G. Roberts Jr. encontrou-se em situação semelhante. Se declarasse, *tout court*, a inconstitucionalidade da “Lei de Proteção ao Paciente e da Saúde Acessível”, pareceria partidário à opinião pública. Se negasse a inconstitucionalidade, contrariando todos os argumentos da ação proposta pelos governadores, contrariaria sua própria posição em outros casos.

A solução que encontrou foi também bastante criativa e lembra, um tanto, a saída pela tangente de John Marshall.

Conforme registrado acima, o juiz-presidente John G. Roberts Jr. tinha diante de si uma impugnação baseada na “cláusula do comércio” (*commerce clause*). Essa cláusula dá ao Congresso o poder de regular o comércio a) entre os estados-membros, b) dos EUA com as nações estrangeiras e c) do governo federal com as tribos indígenas.

Essa cláusula foi muito utilizada pela Suprema Corte no início do governo de Franklin D. Roosevelt, a fim de impugnar inúmeras leis do chamado *New Deal*, a partir da ideia de que implicavam uma indevida intervenção do Estado na Economia. Com a consolidação nem um pouco pacífica desse plano governamental, a “cláusula do comércio” entrou em estado de letargia, na medida em que praticamente neutralizada por outra cláusula da Constituição norte-americana, a chamada “cláusula do adequado e do necessário” (*proper and necessary clause*), contida no art. 1º, seção 8, cláusula 18): “O Congresso terá poder de [...] elaborar todas as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao go-

verno dos Estados Unidos ou aos seus departamentos e funcionários”. Enquanto a “cláusula do comércio” restringe, a “cláusula do adequado e do necessário” amplia os poderes do governo central dos EUA.

Com a ascensão de uma maioria conservadora na Suprema Corte norte-americana, entretanto, a cláusula do comércio passou novamente à ordem do dia. Ela serviria para frear as intervenções governamentais na economia, bem ao gosto da nova pauta conservadora. O juiz-presidente John G. Roberts, integrante dessa maioria conservadora da Suprema Corte, participa desse “projeto” ideológico de reintroduzir a “cláusula do comércio” como um fator de limitação da intervenção estatal na Economia.

Portanto, tinha motivos para negar e motivos para afirmar a aplicabilidade da “cláusula do comércio”. Se afirmasse, ao menos em princípio, estaria declarando a inconstitucionalidade da “obrigação pessoal” (*individual mandate*), principal mecanismo da “Lei de Proteção ao Paciente e da Saúde Acessível” (*The Patient Protection and Affordable Care Act*), o *Obamacare*.

Foi o que fez. Declarou que a “obrigação pessoal” fere a “cláusula do comércio”, na medida em que o Congresso não poderia obrigar alguém a praticar um ato de comércio. Permaneceu, com isso, adepto do pensamento conservador.

Porém – e aí reside a genialidade de sua solução – aproveitou um outro argumento invocado pelo governo federal e aceito pelo solicitador-geral (*Solicitor General*) da República Donald B. Verrilli Jr. durante a tramitação do recurso na Suprema Corte: o de que a “obrigação pessoal” – que, como já foi visto, não pode ser vista como uma obrigação de contratar um seguro de saúde – também pode ser vista como uma taxa, um tributo destinado a financiar o sistema público de saúde. O fato gerador dessa taxa seria, segundo a argumentação, o fato de não ter uma adequada cobertura de seguro de saúde.

Com isso, o juiz-presidente John G. Roberts Jr. acatou os argumentos conservadores, limitantes do poder governamental – o que terá consequências nos futuros pleitos governamentais junto à Suprema Corte – mas liberou o coração das reformas sociais propostas pelo governo do Partido Democrata.

5. Conclusão

O presente trabalho teve como objetivo analisar o direito fundamental à saúde, seu desenvolvimento e a universalidade de acesso, particularmente no contexto brasileiro e, posteriormente, analisar a discussão recente que permeia a saúde pública nos Estados Unidos da América.

Desse modo, no primeiro momento, procedeu-se ao levantamento dos antecedentes históricos do direito à saúde, observando-se que os direitos humanos, de uma forma geral, e, particularmente, o direito à saúde, não surgiram de pretensões puramente altruístas. A preocupação com a manutenção da saúde e da vida dos indivíduos e sua consequente proteção legal esteve imediatamente relacionada, no primeiro momento, aos interesses na produção da força de trabalho.

Esse cenário passa a modificar-se com a Constituição da Organização Mundial da Saúde, em 1946 e com a Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948. Há, em decorrência desses dois momentos, a consagração de uma nova concepção de saúde e de sua acessibilidade por *todos os povos*, ou seja, a ideia de *universalidade* desse direito.

No cenário nacional foi apenas a Carta Política de 1988, não obstante a existência dos documentos acima referenciados, que fez referência expressa ao direito à saúde. O texto constitucional privilegiou tal postulado reconhecendo-o como direito fundamental e *universal* afeto à integridade física e à vida digna, alcançando, inclusive, os meios ou recursos para consecução desse direito. Reconheceu-o, ademais, como direito social exigível ao Estado e, portanto, realizável precipuamente por meio deste, razão pela qual possui, igualmente, *status* de direito prestacional.

Reconheceu o legislador que a saúde está conectada inevitavelmente à própria existência humana e, conseqüentemente, ao bem estar e ao desenvolvimento social de uma forma geral. É por essa razão que vinculou a consecução desse direito às políticas sociais e econômicas, distribuindo competências no âmbito da União, Estados e Municípios, não excluindo a iniciativa privada desse contexto.

Para efeitos de comparação, e à vista do destaque que ganhou a proposta de alteração do sistema de saúde pública estadunidense pro-

posto pelo presidente Barack Obama, o trabalho acabou avançando nessa análise. Verificou-se, no primeiro momento, que naquele contexto e em que pese o paradigma internacional da Declaração de Direitos Humanos e da Constituição Mundial da Saúde, não vigora a ideia de *universalidade* do direito à saúde.

Diferentemente do estabelecido na Carta Política Brasileira, que teve como orientação os referidos documentos na inclusão em seu texto do direito à saúde, nos EUA o sistema público deve proteger apenas a população absolutamente vulnerável e, nesse caso, com pagamento de subsídios pelos Estados e pela União às pessoas comprovadamente pobres ou a preços reduzidos. Na sociedade norte-americana, diferentemente do Brasil, a atuação em sede de saúde coletiva se dá prevalentemente pela iniciativa privada, especificamente através da sua cobertura pelos seguros de saúde. Pratica-se naquele contexto uma lógica eminentemente mercadológica, assim, quanto mais pessoas aderirem aos mesmos, menor será o valor partilhado por todos, inversamente do preceituado no Brasil em que o direito à saúde obedece a uma lógica prestacional-social.

A legislação brasileira amparou, através dos artigos e princípios destacados supra, a universalidade do direito à saúde. A legislação americana claramente desvinculou-se desse princípio.

Contudo, ao que tudo indica é possível vislumbrar que alguns fatos têm conduzido uma modificação desse cenário. Nesse sentido, nos EUA, apesar dessa lógica, a crise econômica que atinge a maioria dos países não tem permitido o funcionamento do sistema de saúde sob esse parâmetro, fazendo com que aqueles que necessitam de assistência à saúde busquem nos programas públicos o atendimento, o que sob o ponto de vista do governo americano eleva os custos do sistema como um todo. Com a implementação da Lei de Proteção ao Paciente e Saúde Saudável, que obriga os americanos a possuírem um seguro de saúde sob pena de sanção pecuniária revertida ao custeamento do sistema, o governo americano pretendeu manter o critério de relativização. No entanto, na análise a respeito da constitucionalidade da referida legislação, a interpretação dada pela Suprema Corte foi a de que a obrigação pessoal não pode ser vista como uma obrigação de contratar um seguro de saúde, mas que pode ser considerada um tributo destinado a financiar o

sistema público de saúde. Dessa forma, poder-se-ia dizer que o sistema americano será inevitavelmente conduzido a uma lógica diversa, isto é, da relativização do direito à saúde à sua universalização, na medida em que todos participarão do financiamento das ações e políticas no âmbito sanitário, bem como serão beneficiários destas.

No cenário nacional, diferentemente, o direito à saúde caracteriza-se como um direito universal. Contudo, é possível vislumbrar, do exposto supra, que o direito à saúde assegurado expressamente no texto constitucional é, em inúmeras oportunidades, ignorado na prática. Verifica-se, desse modo, a nítida separação entre a previsão legal e a materialização dos direitos e garantias consagrados na Carta Política ou, melhor, é possível constatar a relativização do direito à saúde na medida em que o atendimento público nessa seara, quando existente, é deficitário, aprofundando a situação de desigualdade e de exclusão social.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. de Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde**. Brasília-DF: Síntese, 2003. v. 2.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada: legislação infraconstitucional em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. **A saúde pública e a defesa da vida**. 3.ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

CARVALHO, Mariana Siqueira. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1998. **Revista de Direito Sanitário**, v. 4, n. 2, p. 15-31, jul. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O abuso nas patentes de medicamentos. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792011000100011&script=sci_arttext>. Acesso em: 5 set. 2012.

COSTA, Ediná Alves. **Vigilância sanitária, saúde e cidadania**. Belo Horizonte: Coopmed, 2001.

COSTA, Geraldo de Faria Martins. A proteção da saúde do consumidor na ordem econômica: direito subjetivo público. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 21, p. 132-141, jan./mar. 1997.

DAL BOSCO, Maria Goretti. Direitos fundamentais sociais: o direito à saúde no Brasil e nos países do Leste Europeu, segundo a perspectiva garantista de Ferrajoli. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Marechal Cândido Rondon, v. 10, n. 19, p. 9-22, 2º sem. 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A vigilância sanitária no contexto constitucional e legal brasileiro**. Belo Horizonte: Coopmed, 2001.

_____. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 4, ago. 1988.

DENAVAS-WALT, Carmen; PROCTOR, Bernadette D; SMITH, Jessica C. **Income, poverty, and health insurance coverage in the United States**: 2009. Washington, DC.: U.S. Government Printing Office, 2010. Disponível em: <<http://www.census.gov/prod/2010pubs/p60-238.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

DIAS, Hélio Pereira. **Direito sanitário**. 2003. Disponível em: <http://www.anvs.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <www.uscourts.gov/uscourts/courts/ca11/201111021.pdf>. Acesso em: 12. jan.2013.

FARIAS, Edilson P. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Brasília: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Manual de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1998.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, n. 6, p. 55-70, abril. 1997.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e direitos humanos**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2003.

KOLLING, Gabrielle; MASSAÚ, Guilherme Camargo. Cidadania supranacional e o direito à saúde. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Marechal Cândido Rondon, v. 10, n. 19, p. 37-60, 2º sem. 2010.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Os direitos sociais e o poder judiciário: o caso da saúde. In: SYDOW, Evanize; MENDONÇA, Maria Luisa (Org.). **Relatório de direitos humanos no Brasil 2009**. São Paulo: Fundação Heinrich Böll; Global Exchange, 2009.

MARÉS, Carlos Frederico. **A universalidade parcial dos direitos humanos** (Trabalho preparado especialmente para o Taller ILSA Región Andina “Los derechos indígenas em ela actual contexto latinoamericano”. Quito, 27/29 de outubro de 1994). Curitiba, 25 out. 1994.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERHY, Emerson Elias. **O capitalismo e a saúde pública**. 2. ed. Campinas - SP: Papirus, 1987.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 2, n. 3, nov. 2001.

PAIM, Jairnilson Silva. **Desafios para a Saúde Coletiva no Século XXI**. Salvador: EDUFBA, 2008.

PBS – Public Broadcasting System. Disponível em: <www.pbs.org/healthcarecrisis/uninsured.html>. Acesso em: 11 jan. 2013.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008, Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf>. Acesso em: 1º set. 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIZZOTTO, Maria Lúcia Frizon; CONTERNO, Solange de Fátima Reis. A reforma do setor de saúde nos anos 90: desdobramento da reforma do Estado Brasileiro. In: NOGUEIRA, Francis Mary Guimarães. **Estado e políticas sociais no Brasil**. Cascavel, PR: Edunioeste, 2001.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

RODRIGÁÑEZ, Maria Paz Arenas. **Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios**. Madrid: Edersa, 1992.

ROUQUAYROL, Maria Zélia. Glossário. In: ROUQUAYROL, Maria Zélia; ALMEIDA, Naomar. **Epidemiologia e saúde**. Rio de Janeiro: MEDSI, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Doutrados-MS: Editora UFGD, 2009.

SANTOS, Fernando F. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SANTOS, Lenir. **Conhecendo seus direitos na saúde pública**. Brasília: Conass (Conselho Nacional dos Secretários de saúde), 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TAVEIRA, Adriana Val; ALMEIDA, Luana Michalski. Direitos sociais, saúde e políticas públicas. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Marechal Cândido Rondon, v. 10, n. 19, p. 85-87, 2º sem. 2010.

TEIXEIRA, Elaine Cardoso de Matos Novais. A proteção do direito à saúde após a Constituição ederal de 1988. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (Org.). **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

TOOBIN, Jeffrey. **The Oath**: The Obama White House and the Supreme Court. Nova Iorque: Doubleday, 2012.

UNITED STATES. Northern District of Florida. **In the United States Court of appeals for the eleventh circuit n.ºs. 11-11021 & 11-11067**. Aug. 2011. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/uscourts/courts/ca11/201111021.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.





GERONTOLOGIA E DIREITOS SOCIAIS: OLHAR CONSTITUCIONAL E ESTATUTÁRIO DA QUALIDADE DE VIDA DO IDOSO

*GERONTOLOGY AND SOCIAL RIGHTS:
CONSTITUTIONAL AND LEGAL LOOK OF ELDERLY'S
QUALITY OF LIFE*



Maria da Glória Colucci

Mestre em Direito Público pela UFPR. Especialista em Filosofia do Direito pela PUCPR. Professora titular de Teoria Geral do Direito do UNICURITIBA. Professora Emérita do Centro Universitário Curitiba, conforme título conferido pela Instituição em 21/04/2010. Orientadora do Grupo de Pesquisas em Biodireito e Bioética – Jus Vitae, do UNICURITIBA, desde 2001. Professora adjunta IV, aposentada, da UFPR. Membro da Sociedade

Brasileira de Bioética – Brasília. Membro do Colegiado do Movimento Nós Podemos Paraná (ONU, ODM). Membro do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Gerontologia Social e Qualidade de Vida. 3. Políticas Públicas na Promoção da Pessoa Idosa: Viés Constitucional e Estatutário. 3.1. A Educação e o Trabalho da Pessoa Idosa. 3.2. Saúde e Lazer no Processo de Envelhecimento: Conquista e Efetivação. 3.2.1. Antecedentes. 3.2.2. Direito à Saúde e Qualidade de Vida. 3.2.3. Acesso ao Lazer. 4. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

RESUMO: As peculiares condições de vida do idoso, nas relações familiares, no trabalho e na saúde, não têm sido contempladas com o respeito merecido, em decorrência de diversos fatores, dentre os quais a carência de pesquisas focadas no processo de envelhecimento e suas repercussões sociais, econômicas e políticas, dentre outras. A Gerontologia Social, aliada à Geriatria e outras áreas nascentes do conhecimento, dedica-se à compreensão dos conflitos socioculturais da velhice, suas relações com o meio e os efeitos sobre sua personalidade. O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) procura assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de vários direitos, dentre os quais, a saúde, educação, trabalho e lazer, a serem examinados no texto. A Organização Mundial da Saúde (1994) deu à qualidade de vida dimensão abrangente de diversos aspectos de ordem individual e coletiva, levando em conta objetivos, expectativas, padrões e interesses próprios de cada cultura. Tal percepção conduz à crescente necessidade de se reconhecer autonomia à pessoa idosa, liberdade de escolher e realizar seus intentos em educação, saúde, trabalho e lazer, além de manifestar-se politicamente, mediante o voto, ou candidatando-se a cargos públicos, que lhe permitirão defender os direitos constitucionalmente previstos, a par de outros destes derivados, presentes na legislação infraconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto do Idoso. Gerontologia Social. Direitos Sociais da Pessoa Idosa.

ABSTRACT: *The peculiar living conditions of the elderly, in relation to family, work and health, have not been addressed with the deserved*

respect as a result of several factors, among which the lack of focused research in the aging process and its social, economic and political repercussions, among others. Social Gerontology and Geriatrics allied to other areas of the knowledge, dedicated to the understanding of socio-cultural conflicts of old age, their relationship with the environment and the effects on their personality. The Elderly Statute (Law n. 10.741, of October 1 2003) seeks to ensure, with absolute priority, the execution of various rights, among which health, education, work and leisure, examined in the text. The World Health Organization (1994) gave the quality of life dimension encompassing various aspects of individual and collective order, taking into account objectives, expectations, standards and interests of every culture. This perception leads the growing need to recognize autonomy for the elderly, freedom to choose and realize their intentions in education, health, work and leisure, in addition to manifest itself politically by voting or applying to public office, allowing to defend the constitutionally provided rights, along with other derivatives, presented in the infra-constitutional legislation.

KEYWORDS: *Statute of the elderly. Social Gerontology. Social rights of the elderly.*

1. Introdução

Inúmeros são os preceitos jurídicos no ordenamento brasileiro que dão merecida tutela à vida humana na maturidade, cujo início legal se dá aos 60 anos.

O envelhecimento, em razão de uma série de fatores econômicos, sociais, políticos, geográficos, médicos, sanitários tem sido objeto de seguidas intervenções midiáticas, não só trazendo dados estatísticos quanto ao aumento da longevidade populacional, mas, esclarecendo aos idosos como viver melhor, com mais saúde.

As expectativas de vida do idoso, no entanto, não se apresentam tão alvissareiras e igualitárias quanto deveriam, sobretudo nas classes mais empobrecidas, em virtude do crescimento das doenças de toda espécie, como as infectocontagiosas, degenerativas ou transtornos do humor (a exemplo da depressão), aliadas a outras alterações decorrentes do envelhecimento físico (sensoriais e motoras).

O Mal de Parkinson e o Alzheimer minam a autoestima do anfitrião e as esperanças e recursos da família diante da crescente perda de memória, tristeza e desinteresse pela vida, sem expectativas de melhora.

Decorrem daí a exclusão social, o isolamento e toda sorte de discriminações, diante da lentidão, dificuldades de compreensão, esquecimentos, perdas de objetos etc. Os maus tratos não são apenas físicos, mas psicológicos, financeiros, médicos etc.

Sobressai neste contexto a carência afetiva pelo afastamento dos familiares, abandono em casas de repouso, hospitais etc. Costuma-se afirmar que se conhece a vida de uma pessoa, seu real temperamento, ajustamento pessoal e sentimentos, quando envelhece, uma vez que afloram em suas atitudes, gestos, palavras - tudo o que conscientemente ou não, tentou “esconder” ou “camuflar” ao longo dos anos que antecederam à chegada da velhice.

O medo da morte ou das condições em que ocorrerá, se rápida e indolor ou prolongada e acompanhada de longo sofrimento, também aparece relacionado à longevidade, o que se verifica no grande número de suicídios entre idosos, ou na depressão senil.

O apego excessivo aos bens materiais (avareza), saudosismo e comparações constantes com o passado (“tempos antigos”), tornam o convívio familiar e com amigos cansativo, desgastante e improdutivo sob o foco das relações sociais (visitas, viagens, ocupação / trabalho), tanto para os parentes, quanto para os mais próximos (cuidadores, empregados domésticos).

O silêncio (mutismo), deliberado ou não, em razão de não se sentir aceito, amado, respeitado em suas ideias e sentimentos, ou pela dificuldade de comunicação causada por doenças da velhice, contribuem para o crescente isolamento de grande número de idosos em asilos, casas de repouso etc.

O mais surpreendente é que a longevidade da população mundial, apesar de ser evidente, ainda não tem recebido, no que toca à qualidade de vida, no seu todo, a atenção devida pelas políticas públicas.

Os recursos orçamentários são focados, apenas, no pagamento de benefícios previdenciários e no atendimento médico-hospitalar, vale

dizer, nem sempre direcionados para a promoção da qualidade de vida saudável, para evitar o adoecimento dos idosos.

Sob múltiplos aspectos a qualidade de vida pode ser abordada na velhice, mas, no texto, foram escolhidos os focos do acesso à educação e trabalho, além da saúde / lazer.

Os temas a serem analisados estão, também, vinculados a diversas áreas do conhecimento humano, em especial, a Gerontologia.

2. Gerontologia e qualidade de vida

Um primeiro desafio a ser enfrentado na abordagem do tema proposto se refere à conceituação da Gerontologia, suas origens históricas e demais aspectos orientadores à compreensão desta área do conhecimento.

Sabe-se que a Gerontologia não se confunde com a Geriatria, uma vez que esta é uma especialidade médica que se dedica à promoção da saúde da pessoa idosa, considerando sua dimensão fisiológica.

No entanto, a par dos aspectos fisiológicos, outros devem ser levados em conta, como psicológicos e sociais, quando do estudo e diagnóstico do processo de envelhecimento, devido à complexidade que o envolve.

No passado, a exemplo de povos antigos, as questões relacionadas ao processo de envelhecimento receberam soluções nem sempre humanitárias, como o lançamento de anciãos do alto do Monte Taigeto (Esparta), ou do sacrifício de velhos e débeis ou incuráveis no Ganges (Índia) ou mesmo o abandono ou sacrifício de idosos.¹

Hoje, têm os povos procurado reverter tais práticas cruéis, mediante políticas públicas, cabendo à ciência em geral e à Gerontologia e Geriatria papel preponderante neste cenário.

José Roberto Goldim e Rosana Soibelman Glock referem-se à importância da Gerontologia como

[...] ciência do envelhecimento, [...] ciência nova e uma das últimas grandes fronteiras biológicas. Trata do estudo não apenas da biologia

1 SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 38.

do envelhecimento, mas também de seus aspectos sociológicos, psicológicos e outros.²

A Medicina, durante séculos, procurou compreender o processo de envelhecimento, numa perspectiva meramente biológica, fisiológica ou mesmo química.

Todavia, verificou-se que uma visão linear e reducionista da velhice não poderia abarcar toda a complexidade do fenômeno humano do envelhecimento.

Conforme assinala Garcia Pintos, em 1928, na Universidade de Harvard; em 1939, na Alemanha e mais proximamente em 1966, em Munique, iniciaram-se os primeiros estudos do que se denominou Psicogerontologia, evoluindo para uma concepção de Gerontologia Social, em 1967, com Streib e Orbach, que a definem como:

[...] campo organizado de conhecimentos orientados para os aspectos da conduta do indivíduo ao envelhecer, à velhice, ao envelhecimento como fenômeno da sociedade e às relações existentes entre ambos.³

O precitado autor destaca que a Gerontologia, nas múltiplas faces que comporta na atualidade, ampliou-se em direção à interpretação da totalidade do “processo de envelhecimento”, tornando-se uma percepção multidisciplinar.⁴

No entanto, todo o cuidado ainda é pouco para se evitar que as diferentes abordagens do processo de envelhecimento se transformem, cada uma a seu modo, em visões reducionistas e isoladas da condição do envelhecer humano.

Acrescenta Garcia Pintos que respostas finais não serão obtidas mediante a análise multidisciplinar, mas impõe-se um trabalho, além de interdisciplinar, também transdisciplinar para o atingimento de objetivos e compartilhamento de resultados e pesquisas:

2 GOLDIM, José Roberto; GLOCK, Rosana Soibermann. Bioética. Vol. 12, N. 2 – 2004. Brasília, Conselho Federal de Medicina, p. 11 – 12.

3 PINTOS, Cláudio C. Garcia. A família e a terceira idade: orientações psicogerontológicas. Trad. Haroldo Reimer. São Paulo: Paulinas, 1997, p. 8.

4 Idem, p. 9.

Esta comprovação dá ensejo ao trabalho interdisciplinar, pretendendo dinamizar as contribuições de cada disciplina, integrando-as e dando-lhes sentido prático no momento de compartilhar as conclusões e as ideias próprias com as de disciplinas conexas.⁵

Destaca, também, a necessidade de se estudar o idoso e suas condições de envelhecimento levando em conta que o enfoque transdisciplinar não pode conduzir ao “gerocentrismo”:

Como resultado imediato desta abertura e desta integração profissional a serviço das pessoas em processo de envelhecimento, assinalo a superação de um erro inicial em todos os desejos de abordar a questão: tornar a pessoa idosa abstraída de seu contexto, erro que dói chamar de “gerocentrismo” (Grifou-se).⁶

Na verdade, há a necessidade de se abordar o idoso, seus conflitos, anseios e sonhos, além de suas condições físicas, mentais e psicológicas, considerando-o como um ser humano que está em situação social, familiar, laboral vale dizer: contextualizar o idoso para detectar os diferentes níveis e formas de possíveis soluções aos problemas que o processo do envelhecimento individual oferece em um caso específico.

O “isolamento” ou “despersonalização” do idoso e os diagnósticos feitos com base apenas em recortes teóricos conhecidos, não conduzem a resultados tão satisfatórios e precisos quanto os desejados, se os casos não forem tratados de forma “individualizada” e “prática”. Uma análise científica criteriosa não pode prescindir das peculiaridades e exigências do caso. Tomando como exemplo a autonegligência, para sua avaliação devem ser levadas em conta as condições anteriores de zelo pessoal, de tal sorte que por um processo comparativo o diagnóstico poderá ser feito, para se evitar eventuais atentados ou agressões do idoso a si mesmo:

Geralmente, a autonegligência ocorre quando a pessoa idosa está tão desgostosa da vida, que pára de comer direito, pára de tomar remédio, pára de cuidar de sua aparência física, pára de se comunicar, manifestando clara ou subliminarmente a vontade de morrer.⁷

5 Ibidem.

6 Ibidem.

7 MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência e maus-tratos contra a pessoa idosa. É possível prevenir e superar. In: BORN, Tomiko. Cuidar melhor e evitar a violência – Manual do Cuidador da Pessoa Idosa

No exemplo citado, a aferição da existência ou não da autonegligência dependerá da somatória dos dados obtidos mediante comparação entre o desmazelo atual e os cuidados habituais anteriormente adotados pela pessoa idosa; somados ao crivo médico da existência ou não de algum tipo, por exemplo, de transtorno do humor, ou alterações decorrentes de debilidades físicas ou sensoriais comuns ao envelhecimento.

No quadro hipoteticamente descrito, a conduta aparentemente negligente do idoso poderá resultar de outros fatores que o tornam debilitado, fragilizado diante dos obstáculos a serem superados no cuidado da aparência.

Assim, devido ao isolamento socioeconômico e privação de bens materiais, os idosos, mais do que outros segmentos sociais, sofrem os reveses da carência alimentar, nutricional, habitacional, laboral, intelectual e nos últimos tempos, o abandono moral da família, cujo desinteresse agrava o quadro de vulnerabilidades que apresentam desde tempos imemoriais.

As doenças deixam grande número de pacientes idosos em situações de grande debilidade física, havendo, neste sentido, até o questionamento quanto ao prolongamento da vida (distanásia) dos doentes terminais, ou mesmo sua interrupção (eutanásia) ou o direito de morrer com dignidade no momento certo (ortotanásia):

Tem-se que não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de Direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indizível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste.⁸

As aparelhagens tecnológicas dotadas de alta complexidade devem ser utilizadas, unicamente, para promover a dignidade da pessoa e, jamais, para aviltá-la, com finalidades mercantilistas.

/ Tomiko Born (Org.) – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2008, p. 42.

8 SÁ, Maria de Fátima Freire de. Op. cit., p. 32.

Relatos aparecem com frequência, na mídia nacional e estrangeira, da “eliminação” de doentes terminais, idosos ou não, cujos prognósticos de cura são nebulosos, levando a sociedade a questionar sobre a permanência prolongada de tais pessoas em condição de vida vegetativa por tanto tempo (até anos): haveria um direito de morrer, considerando-se a dignidade da pessoa e a inevitabilidade da condição humana de ser destinado a viver por um tempo e, ao final, morrer?

Os recortes destacados pelas indagações feitas convergem para aspectos éticos já analisados por mim, em outro texto publicado.⁹

No entanto, sempre quaisquer digressões sobre a vida humana devem respeitar a liberdade do paciente (autonomia da vontade) e promover a existência digna e com qualidade:

[...] é importante acrescentar que dados científicos atuais mostram que existe uma relação direta entre o nível da qualidade física de vida, segundo alusão de Carl Sagan, e a longevidade média das pessoas. O aumento dos níveis de qualidade de vida proporcionado pelo desenvolvimento científico e os avanços tecnológicos tem gradativamente melhorado a expectativa média de vida humana.¹⁰

Instrumenta que tem se mostrado eficaz na promoção da qualidade de vida, no plano internacional, têm sido as “Declarações” centradas no desenvolvimento, na cooperação e no respeito à dignidade da pessoa em sua totalidade.

A Declaração que estabelece as bases dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM – 2000) e, mais recentemente, no Rio de Janeiro (20 a 22 de julho de 2012) a construção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) têm em comum muitos pontos, mas destaca-se em seus textos uma ideia chave – a promoção da pessoa pelo seu desenvolvimento firmado no tripé – liberdade, paz e segurança e respeito aos direitos humanos:

Reconhecemos que as pessoas constituem o centro do desenvolvimento sustentável e a este respeito, nos esforçamos por construir um mundo

9 COLUCCI, Maria da Glória. O elo da morte no processo vital: o biodireito e a bioética “em defesa da vida”. In: Revista Brasileira de Direito da Saúde. V. 1 (julho / dezembro 2011). Brasília, Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), 2012, p. 6 – 20.

10 LINHARES, Paulo Afonso. Direitos fundamentais e qualidade de vida. São Paulo: Iglu, 2002, p. 41.

que seja justo, equitativo e inclusivo, e nos comprometemos a trabalhar em comum acordo para promover o crescimento econômico sustentável e inclusivo, o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente, o que redundará em benefício de todos. (Tradução livre).¹¹

O desenvolvimento sustentável se particulariza em cada país, levando em consideração as peculiaridades locais, costumes, valores, tradições mediante políticas públicas.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS NA PROMOÇÃO DA PESSOA IDOSA: VIÉS CONSTITUCIONAL E ESTATUTÁRIO

As políticas públicas são projetadas com o intuito de, por um lado promover o crescimento econômico (quantitativo) e, de outro, alavancar o desenvolvimento (qualitativo) das comunidades, atendendo às necessidades básicas, vitais, de subsistência. No entanto, não se pode ignorar que apenas recentemente (última década do século XX) é que se começou a tratar o desenvolvimento como prioritário nas estratégias governamentais:

Destarte, para efeito desta reflexão, há de se entender que *desenvolvimento* somente é aquele que tenha como meio e fim último a pessoa humana. Daí a necessidade de qualificá-lo como humano. Ainda, deve ser o desenvolvimento um processo que tenha como eixos a *definitividade* e a *permanência*, com capacidade de *auto-manutenção* e de *auto-renovação*, tudo traduzido na palavra acessória *sustentável*. De onde, para nós, o desenvolvimento é *humano* e *sustentável*, nos marcos das definições acima expendidas. (Os grifos são do autor).¹²

Neste ponto, os subsídios da Gerontologia Social, se levados em conta os diversos ângulos que comporta, poderão ser decisivos na geração, planejamento e implantação das políticas públicas de desenvolvimento focadas na pessoa idosa.

11 ONU, Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro, 20 a 22 de junho de 2012. Documento Final da Conferência (I.6). Disponível em: <http://www.onu.org.br/rascunho-zero-da-rio20-disponivel-em-portugues/> (Arquivo disponível em PDF).

12 LINHARES, Paulo Afonso. Op. cit., p. 47.

A Gerontologia Social é uma área do conhecimento voltada ao estudo do que se denomina aspectos socioculturais do existir humano, considerando suas relações com o meio em que vive ao envelhecer e os efeitos sobre sua personalidade.¹³

Para a compreensão da envergadura dos conflitos enfrentados pela pessoa em processo de envelhecimento, basta observar o ar de abatimento, desolação, isolamento, autonegligência que acompanha a idade do fenecer das forças físicas – para alguns mais otimistas denominada “melhor idade”.

A falta de compartilhamento e aceitação pela família, grupo em que vive, comunidade ou outras formas de convívio, leva o idoso a sentir-se inútil; todavia, como bem destaca Cláudia Regina de Oliveira Zanini:

A velhice deve ser entendida como uma etapa da vida, da mesma forma que temos a infância, a adolescência e a maturidade. São fases, etapas da vida, nas quais acontecem modificações que afetam a relação do indivíduo com o meio, com o outro e com ele mesmo, dentro de um determinado ou, geralmente, indeterminado tempo.¹⁴

As políticas públicas, consideradas como ações conjugadas do Poder Público com a sociedade organizada, devem ser planejadas para atenção a esta faixa etária visando resgatar a cidadania da pessoa idosa.

No presente estudo serão considerados dois aspectos relevantes: de um lado, o trabalho e, de outro, a educação. Por via de consequência, igualmente, serão explorados a saúde e o lazer e suas condições de acesso à pessoa idosa.

3.1. A EDUCAÇÃO E O TRABALHO DA PESSOA IDOSA

O art. 3º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, estabelece que:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito

¹³ Gero (velho) e logia (estudo, saber, conhecimento), tendo sido tal denominação cunhada por Metchnicoff em 1903, conforme Cláudia Regina de Oliveira Zanini, in: Envelhecimento saudável – o cantar e a gerontologia social. Revista da UFG: Ano V, n. 2, dezembro de 2003, p. 3, disponível em http://www.proec.ufg.br/revista_ufg/idoso/saudavel.html

¹⁴ Idem, p.1.

à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.¹⁵

A educação é, à semelhança do envelhecimento, um processo que se inicia com o nascimento e só termina com a morte. Assim sendo, a pessoa idosa não rompe os elos com a educação em sua vida em razão do envelhecimento, apenas, pelas condições físicas, ou de outra ordem, deixa de prosseguir com a educação formal (científica, técnica, artística), mas, continua, informalmente, a aprender, pelos mais diversos meios (televisão, livros, contatos diários com pessoas, ambientes de lazer, academias de ginástica, eventos culturais). É justamente neste ponto que os órgãos públicos exercem papel importante na promoção do direito à educação, que se amplia como direito à cultura, uma vez que o acesso ao teatro, cinema, galerias de arte, museus e outras atividades educativas representam contínuo processo de crescimento intelectual para o idoso.

À guisa de facilitação do entendimento do Estatuto do Idoso, podem ser destacados os seguintes aspectos do processo que envolve o direito à educação nos arts. 20 e seguintes da legislação supramencionada:

- 1) criação e adequação de currículos, metodologias e materiais didáticos, bem como programas educacionais que oportunizem o acesso do idoso à educação (art. 21);
- 2) os cursos, especialmente criados para idosos, deverão incluir conteúdos como comunicação (técnicas), computação e avanços tecnológicos que propiciem a integração da pessoa idosa à vida moderna (art. 21 § 1º);
- 3) participação em comemorações de caráter cívico ou cultural, na qualidade de depositários da “memória viva” das comunidades a que pertençam (art. 21 § 2º).

Não apenas a pessoa idosa é a destinatária das trocas culturais, mas atua como agente preservador da identidade e da memória de um povo.

Por outro lado, o art. 22 do Estatuto preceitua que na educação formal, nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino, dever-

15 BRASIL, Estatuto do Idoso: Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm

se-á incluir conteúdos que contemplem os seguintes aspectos: a) o processo de envelhecimento; b) o respeito e valorização do idoso; c) a eliminação de preconceito contra o idoso e d) a geração de conhecimentos sobre o processo de envelhecimento.

Quanto ao incentivo à participação em atividades culturais e de lazer (art. 23), além do acesso preferencial aos locais onde tais eventos venham a ocorrer, há o desconto de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos.

Também, os meios de comunicação deverão manter espaços ou horários especiais voltados aos interesses dos idosos, além de divulgar informações sobre o processo de envelhecimento ao público, preparando, deste modo, as gerações futuras (art. 24).

Mas, por outro lado, a grande porta aberta à educação pelo Estatuto está no apoio à criação de universidades abertas para as pessoas idosas, além do incentivo à publicação de livros e periódicos para o público leitor da maturidade. Tais publicações deverão levar em consideração, além da temática escolhida, a “natural redução da capacidade visual” da pessoa idosa (art. 25).¹⁶

Também, a legislação estatutária ressalta a importância da profissionalização das atividades oportunizadas ao idoso, levando em conta suas condições físicas, intelectuais e psíquicas, vale dizer, suas limitações decorrentes da idade.

Como destaca Silvana Sidney Costa Santos, o processo de envelhecimento,

[...] provoca no organismo modificações biológicas, psicológicas e sociais; porém é na velhice que esse processo aparece de forma mais evidente. As modificações biológicas são as morfológicas, reveladas por aparecimento de rugas, cabelos brancos e outras; as fisiológicas, relacionadas às alterações das funções orgânicas; as bioquímicas estão diretamente ligadas às transformações das reações químicas que se processam no organismo.¹⁷

16 BRASIL, Estatuto do Idoso. Idem, arts. 20 – 25.

17 SANTOS, Silvana Sidney. Gerontologia e os pressupostos de Edgar Morin. In Revista.unati.uerj.br/cielo.php?script=sci_arttex&pid=S1517, p.1.

Embora o curso da vida, desde o nascimento até a morte, pressuponha um evoluir constante em direção ao fim, o ser humano não aceita calmamente, a extinção da força física, do vigor e da beleza, mas, dependendo do equilíbrio de cada pessoa, a velhice produz diferentes reações e sentimentos:

As modificações psicológicas ocorrem quando, ao envelhecer, o ser humano precisa adaptar-se a cada situação nova do seu cotidiano. Já as modificações sociais são verificadas quando as relações sociais tornam-se alteradas em função da diminuição da produtividade e principalmente, do poder físico e econômico, sendo a alteração social mais evidente em países de economia capitalista.¹⁸

O processo de envelhecimento não se limita à pessoa idosa, mas se reflete em sua família, na comunidade e na sociedade, sobretudo, quando lembrada a perda da capacidade produtiva e a consequente diminuição do poder aquisitivo da pessoa idosa.

Neste contexto, tem especial importância para a velhice o acesso, incentivo e o reconhecimento do “direito ao exercício de atividade profissional”, sem “discriminação e fixação de limite máximo de idade” (arts. 26 e 27 do Estatuto).

No caso de concurso público, a idade mais elevada é critério de desempate favorecedor do idoso, porém, na admissão do idoso, caso haja ressalva de idade específica, pela natureza do cargo, será respeitada a exigência da atividade laboral em questão (art. 27 e parágrafo único).

Quanto às políticas públicas, o Poder Público criará e estimulará programas que visem a profissionalização, o preparo para a aposentadoria e o “estímulo às empresas privadas para a admissão de idosos ao trabalho” (art. 28 e incisos, do Estatuto).

O trabalho é um direito fundamental social, garantidor da subsistência, saúde, dignidade e auto-estima de qualquer pessoa, que deseje e esteja apta ao exercício de uma atividade laboral; por isso que as políticas públicas são essenciais à qualidade de vida da pessoa em idade avançada, ao possibilitarem a profissionalização do trabalho:

18 Idem, p.2.

O envelhecimento populacional é um fato real em nossa sociedade. Lembro que envelhecer não é problema. O envelhecimento deve ser entendido como triunfo e uma grande conquista da humanidade. Já acrescentamos mais anos à nossa existência. Está faltando dar dignidade a esses anos que foram ganhos. Precisamos juntar esforços coletivos para que as pessoas que alcançaram mais anos nas suas vidas possam viver em condições de dignidade, respeito e solidariedade.¹⁹

A relação existente entre qualidade de vida, bem estar e longevidade da pessoa humana é evidente quando se comparam as condições físicas, psicológicas e sociais dos idosos que trabalham, cuja ocupação lhes rende recursos e satisfação pessoal, e outro(s) que passa(m) os dias ociosamente...

O trabalho para a pessoa idosa acarreta uma série de resultados positivos, dentre os quais a preservação da “[...] habilidade para resolver problemas e a adaptação a mudanças e perdas, [que] são fatores preditivos de envelhecimento ativo e maior longevidade”.²⁰

Além da gratificação pessoal, os idosos têm contribuído mais e mais com seus recursos para a manutenção da família e o crescimento econômico do País.

O Estatuto do Idoso é uma lei especial que visa atingir os princípios constitucionais, particularizando-os à realidade da pessoa idosa, evitando, desta forma, a discriminação em razão da idade.

Conforme assinala Sergio Pinto Martins, é prudente lembrar que:

Volta o constituinte de 1988 a prever que não poderá haver critério de discriminação quanto à idade, o que se verificava nas Constituições de 1934 e 1946. Inova no aspecto de que não poderá haver discriminação quanto a exercício de funções, o que nunca tinha sido anteriormente previsto.²¹

19 BERZINS, Marília Anselmo Viana da Silva. Direitos humanos e políticas públicas. Cuidar melhor e evitar a violência – Manual do Cuidador da Pessoa Idosa / Tomiko Born (organizadora). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2008, p. 31.

20 BERKENBROCK, Ivete. Envelhecimento saudável e com qualidade de vida. In Geriatria. Organização de Luiz Henrique Horta Hargreaves. Brasília, 2006, p. 122.

21 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 426.

A não discriminação do trabalhador, idoso ou não, derivado do princípio constitucional previsto no art. 5º da Lei Maior (isonomia perante a lei)²², todavia, de forma específica, reitera o art. 7º, XXX que há “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”²³.

O trabalho traz benefícios à pessoa idosa não apenas de natureza econômica, mas de cunho social, pelo fato de aumentar a autoestima, além de favorecer a qualidade de vida do ser humano idoso, promovendo sensíveis melhoras nas condições de sua saúde.

A maturidade e experiência da pessoa idosa lhe permitem permanecer em atividade, ainda que diante de situações de estresse, discriminação e conflitos de toda ordem no ambiente de trabalho.

Estatísticas sinalizam que o aumento do número de idosos empregados pelo mercado de trabalho no País está sendo superior ao envelhecimento da população, como ocorre no Paraná, conforme dados de 2012 (SEBRAE-PR):

No Brasil, a quantidade de pessoas com mais de 60 anos no mercado de trabalho aumentou 65% desde 2000, um avanço um pouco abaixo do registrado no Paraná. O número pulou de 3,3 milhões para 5,4 milhões em 2010. O crescimento foi registrado em todas as regiões do Brasil. Prova disso é que, entre os estados que lideram o *ranking*, estão locais tão distantes quanto Distrito Federal (151%), Amapá (135%) e Santa Catarina (104,7%).²⁴

Para a implementação do direito ao trabalho do idoso há necessidade de articulação entre a sociedade civil e o Poder Público. Neste aspecto, socorrem-se os entes públicos da colaboração de associações, fundações e organizações religiosas, filantrópicas, médicas, além de empresas.

O Estatuto, assim, prevê que ao Poder Público compete, mediante políticas específicas, criar e estimular programas voltados à atividade laboral dos idosos, baseados em princípios, a exemplo dos arts. 26 e 27,

22 BRASIL, Constituição da República Federativa do. 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

23 Idem, art. 7º, XXX.

24 SEBRAE – PR: Número de idosos empregados aumenta 70% em 10 anos no PR; acesso em 01/04/2013. Disponível em <http://www.pr.sebrae.com.br/PortalInternet/Noticia/ci.N%C3%BAmero-de-idosos-empregados-aumenta-70%25-em-10-anos-no-PR.print>

e programas (art. 28, I a III), que procurem atender ao que denomina de profissionalização e acesso ao exercício de atividade, trabalho ou emprego.

Os princípios se apresentam como: a) respeito às condições físicas, intelectuais e psíquicas do idoso; b) proibição de discriminação e fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, salvo as peculiaridades e natureza do cargo; c) em caso de desempate, em concurso público, o primeiro critério deverá ser a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.²⁵

Quanto aos programas, ao Poder Público compete criá-los e estimulá-los, observando os seguintes ditames: a) profissionalização para idosos, de acordo com as suas habilidades, potenciais e condições próprias; b) preparação para a aposentadoria; c) projetos sociais, que correspondam aos seus interesses; d) esclarecimento sobre direitos sociais e cidadania; e) programas de estímulo às empresas privadas para a admissão de idosos ao trabalho.

Pelas suas características próprias, a pessoa idosa deve ter, da parte não só do Poder Público mas da sociedade em geral, em razão das contribuições já dadas, todo o respeito.

3.2. Saúde e lazer no processo de envelhecimento: conquista e efetivação

3.2.1. Antecedentes

A conquista dos direitos sociais decorre de longo percurso histórico, impulsionado por sucessivas rupturas políticas, cujos reflexos econômicos elevaram o trabalho, a saúde e a educação, à categoria de direitos fundamentais, insculpidos nos textos constitucionais de diversos países, conforme assinala Beatriz Ferreira Corrêa da Silva:

A Carta Política de 1934, seguindo as premissas das Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de Weimar de 1919, inaugurou o constitucionalismo social no Brasil [...] representando um grande avanço

25 Igual garantia se encontra no art. 208, I da Constituição de 1988, em relação à educação.

no campo dos direitos sociais, concebendo a importância de um Estado intervencionista.²⁶

A percepção da necessidade do Estado ser comprometido com o bem estar social resultou no reconhecimento do valor das classes trabalhadoras e a consagração dos seus direitos, dentre os quais a saúde, a educação e a cultura:

Os direitos e garantias trabalhistas foram elevados ao *status* de norma constitucional. Além disso, foi previsto como dever dos Poderes Públicos assegurar o direito à educação e à cultura. Relativamente ao direito à saúde, já previsto na Constituição do Império como “socorros públicos”, a Carta de 1934 incumbiu-os à União, Estados e Municípios, os quais deveriam adotar medidas legislativas e administrativas com o intuito de restringir a mortalidade e a morbidade infantil.²⁷

As constituições brasileiras, a exemplo da Carta de 1946, foram dosando e procurando equilibrar, na continuidade, os direitos sociais à crescente realidade intervencionista do Estado na atividade econômica. É importante notar que a Constituição de 1946 proclamou “o princípio da intervenção do Estado no domínio econômico”²⁸, tendo como diretriz o interesse público, e como limites o respeito aos direitos sociais.

Quanto à proteção dos desempregados e a preservação das condições de saúde, estabilidade e seguridade social, a Carta de 1946 procurou estender a proteção “[...] às vítimas da doença, da velhice, da invalidez e da morte”.²⁹

A breve análise histórica traz à lembrança que os direitos sociais tiveram seus horizontes alargados à medida que a própria sociedade, no processo evolutivo cultural, conscientizou-se da importância e dimensão de sua exigibilidade, como direitos fundamentais e não, ao contrário do que poderiam parecer, “benesses” do Estado:

Os direitos sociais são necessidades humanas fundamentais, e o seu conteúdo não pode ser considerado programa de orientação a ser

26 SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa. Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição da República de 1988. Curitiba, PR: J.M. Livraria Jurídica, 2011, p. 38.

27 Idem, p. 38.

28 Idem, p. 40.

29 Idem, p. 41.

seguido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, mas deve, sim, constituir-se em verdadeira exigência dos cidadãos em face do Estado, eis que saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação, previdência e segurança social são essenciais a uma vida digna.³⁰

Os debates doutrinários e jurisprudenciais em torno da efetividade dos direitos fundamentais sociais têm sido motivadores de divergências e novas contribuições, sobretudo em razão das propostas hermenêuticas de Ronald Dworkin e Robert Alexy.³¹

Desta forma, devido ao entendimento hoje dominante de que possuem natureza de princípios, os direitos fundamentais sociais são, ou pelo menos devem ser, de aplicação imediata. Assim, mesmo na ausência de norma legal que os viabilize (efetive), são dotados de força impositiva máxima pela sua origem constitucional.

Como acontece com os princípios, os direitos fundamentais, dentre os quais os sociais, proporcionam o revigoramento do sistema jurídico, estabelecendo diretrizes conceituais instrumentalizadoras da elaboração, interpretação, integração e aplicação da ordem infraconstitucional.

Em particular, a Constituição de 1988 conferiu à saúde a natureza de direito social, dotado de universalidade, isonomia e gratuidade, consoante os ditames do art. 196 – cujos passos seguiu a legislação estatutária em comento.

Apesar da universalidade, isonomia e gratuidade, que devem acompanhar o exercício do direito à saúde, estruturas próprias, dotadas de alta onerosidade, acarretam aos serviços públicos em saúde pesados dispêndios de recursos orçamentários, insuportáveis aos cofres públicos. Por tal motivo, o texto constitucional prevê que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, ainda que de forma complementar (art. 199 § 1º da CF).³²

30 Idem, p. 45.

31 MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. V.1 (julho / dezembro 2011). Brasília, Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), 2012, p. 24.

32 BRASIL, Constituição da República Federativa do. 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Conforme salienta Fernando Borges Mânica, a efetividade do direito à saúde na realidade brasileira oferece contrastes, de tal sorte que se pode notar que:

Assim, considerando ainda que do serviço público e gratuito de saúde dependem pessoas de baixa renda e baixo poder de reivindicação de direitos, a estrutura para sua efetivação acaba por não ser criada. Levando ao limite a linha de raciocínio, percebe-se, também, o motivo pelo qual o sistema público de saúde no Brasil é referência em serviços médicos de alta complexidade e de alto custo (os quais são demandados igualmente por pessoas de variadas classes sociais, inclusive as que possuem planos de saúde que não cobrem tais serviços), enquanto os mais pobres esperam horas na fila para atendimento de baixa complexidade.³³

Procurando-se abordar a saúde no Estatuto do Idoso, alguns aspectos devem ser antes analisados, consoante destaca Ivete Berkenbrock:

A abordagem apropriada das questões relativas à promoção da saúde no envelhecimento requer educação continuada, repetidas intervenções, adequadas à cultura e à época e sofrem influência de várias esferas, incluindo os familiares e a comunidade, entre outras. Além dessas, admitamos as barreiras preventivas dos sistemas de saúde vigentes, mais focados na vigência, na falta de tempo, no treinamento inadequado em âmbito acadêmico e na falta de medidas de suporte.³⁴

A mesma pesquisadora examina aspectos que em 2002 foram discutidos na Segunda Assembleia sobre Envelhecimento,³⁵ como determinantes do envelhecimento ativo. Neste sentido, enumera alguns fatores determinantes do envelhecimento saudável, com qualidade de vida, a saber: “[...] estilo de vida, fatores genéticos, psicológicos, ambientais, econômicos, redes de suporte social e políticas públicas de promoção da saúde durante todo o curso da vida”.³⁶

Os supramencionados fatores serão considerados quando da abordagem da “qualidade de vida”, em item subsequente.

33 MÂNICA, Fernando Borges. Loc. cit., p. 32.

34 BERKENBROCK, Ivete. Loc. cit. p. 115.

35 Idem, 115 – 123.

36 Ibidem, p. 115.

3.2.2. Direito à saúde e qualidade de vida

A Organização Mundial da Saúde, em 1994, em Genebra, considerou a qualidade de vida (*quality of life*) como abrangente de aspectos de ordem individual, decorrentes da percepção de cada pessoa (*individual's perception*), acrescida dos valores e da cultura a que pertença (*in the context of the culture and value systems*), levando em conta seus objetivos, expectativas, padrões e interesses (*their goals, expectations, standards and concerns*).³⁷

A partir do texto da Organização Mundial da Saúde supracitado, poderão ser extraídos elementos de diferentes naturezas e contextos na construção de uma moldura teórica do que se pode considerar o envelhecimento saudável, com qualidade de vida. A mesma fonte oferece alguns indicadores que refletem ou podem revelar o grau de satisfação física e psicológica do idoso, como, por exemplo, nível de independência, relações sociais, autonomia física, psicológica e mental. Conforme assinala Ivete Berkenbrock envolve, também, componentes nem sempre considerados pela sociedade no trato do idoso:

A abordagem apropriada das questões relativas à promoção da saúde no envelhecimento requer educação continuada, repetidas intervenções, adequações à cultura e à época e sofrem influência de várias esferas, incluindo os familiares e a comunidade, entre outras.³⁸

A amplitude do direito à saúde do idoso exige que se contemplem para além dos aspectos biológicos, genéticos, mentais, psicológicos, dentre outros, componentes de ordem social, ética e política, relacionados à sua participação na comunidade em que vive. Condições precárias de saneamento básico, carência de acesso à água potável e rede geral de esgotos, poluição atmosférica, acidentes de trânsito ou no ambiente doméstico, somados às doenças sazonais (gripes, dengue, etc) contribuem severamente para a deterioração das condições de dignidade da pessoa idosa, sobretudo as que estão abaixo da linha da pobreza.³⁹

37 WHO, World Health Organization. Division of Mental Health. Geneva: WHO (MNH / PSF / 93.9), p. 29.

38 BERKENBROCK, Ivete. Envelhecimento saudável e com qualidade de vida: Geriatria – Org. Luiz Henrique Horta Hargreaves. Brasília, 2006, p. 115.

39 ROCHA, Julio Cesar de Sá. Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

Neste contexto, as políticas públicas exercem papel preponderante na erradicação / prevenção de doenças crônicas ou emergentes, sazonais e de outras naturezas, mediante a promoção da qualidade de vida da pessoa.⁴⁰

Podem ser enumeradas algumas providências, previstas na legislação estatutária, quanto à prevenção e a manutenção da saúde do idoso, dentre as previstas nos arts. 15 a 19 da Lei em comento: a) atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios (art. 15 § 1º, II); b) unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social (art. 15 § 1º, III); c) atendimento domiciliar, incluindo internação, para aqueles que estiverem impossibilitados de se locomoverem (art. 15 § 1º, IV); d) reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das sequelas decorrentes do agravo da saúde (art. 15 § 1º, IV); e) medicamentos de uso continuado, gratuitamente, bem como próteses, órteses e recursos para o tratamento, habilitação ou reabilitação (art. 15 § 2º); f) os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei (art. 15 § 4º).⁴¹

Além das providências acima citadas, deve ser considerada como indicadora da “sadia qualidade de vida” e bem estar pessoal do idoso, a autonomia pessoal, representada, em questões de saúde, pelo “[...] direito de optar pelo tratamento da saúde que lhe for reputado mais favorável” (art. 17), desde que “[...] esteja no domínio de suas faculdades mentais”.⁴² Também, deve ser lembrado o direito do idoso a ter um acompanhante, após autorização do profissional de saúde responsável pelo tratamento, ou não sendo possível, mediante justificação por escrito.⁴³

De modo sintético, resumindo diversos ângulos de abordagem da qualidade de vida, Paulo Afonso Linhares assinala que é “aspiração” de toda a humanidade, embora obstáculos diversos impossibilitem seu alcance por um grande número de pessoas, ter condições de vida compatíveis com a dignidade desejável:

40 Idem, p. 18.

41 BRASIL, Estatuto do Idoso: Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm

42 Idem, art. 17.

43 Idem, art. 16 e parágrafo único.

[...] a qualidade de vida é a faculdade que têm as pessoas de fazer escolhas, das quais resulta um conjunto de capacidades que, nos planos individual e coletivo, são realizadas por cada uma dessas pessoas segundo aquilo que entende ser a melhor forma de viver.⁴⁴

Embora sejam usadas como sinônimas, as expressões bem-estar e qualidade de vida tiveram com a evolução doutrinária e a inovação tecnológica diferentes conotações, sendo “bem-estar” identificado mais com condições socioeconômicas das populações e, “qualidade de vida” refere-se à totalidade de condições biopsíquicas e sociais já analisadas, dentre as quais se incluem, também, as aspirações individuais de desenvolvimento afetivo, intelectual e moral.

3.2.3. Acesso ao lazer

O lazer é direito constitucionalmente garantido, dentre os sociais, quando a Lei Maior o contempla como integrante do elenco previsto no art. 6º; a saber, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, **lazer**, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.⁴⁵

Igualmente, o art. 7º da Constituição, no parágrafo IV, disciplina-o como necessidade vital básica do trabalhador e de sua família; no art. 217 § 3º atribui ao Poder Público o dever de incentivar o lazer, como forma de promoção social; no art. 227, especificamente, confere à família, sociedade e Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito ao lazer.⁴⁶

No mesmo sentido, o art. 20 do Estatuto, expressamente, dispõe: “O idoso tem direito à educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.”⁴⁷

44 LINHARES, Paulo Afonso. Direitos fundamentais e qualidade de vida; prefácio de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Iglu, 2002, p. 150.

45 BRASIL, Constituição da República Federativa do. 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

46 Idem.

47 BRASIL, Estatuto do Idoso: Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm

Quanto à participação dos idosos em atividades culturais e de lazer há previsão de descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos diversos, além de acesso preferencial aos locais onde ocorrerem.⁴⁸

Entendido em sua acepção corrente como folga, passatempo, diversão, o lazer tem a conotação de oposto a trabalho; por tal motivo, é bem verdade, pode causar um certo repúdio à sociedade não esclarecida, no tocante à necessidade do idoso, já aposentado, necessitar de “descanso”.

No entanto, como se depreende do texto constitucional, trata-se de direito fundamental, de natureza social, não havendo porque excluir do seu acesso determinados grupos etários.

A Lei de Política Nacional de Turismo (Nº 11.771, de 17 de setembro de 2008) prevê, por outro tanto, que o Plano Nacional de Turismo – PNT, deverá promover

[...] a incorporação de segmentos especiais de demanda ao mercado interno, em especial **os idosos**, os jovens e as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, pelo incentivo a programas de descontos e facilitação de deslocamentos, hospedagem e fruição dos produtos turísticos em geral e campanhas institucionais de promoção.⁴⁹

Como se extrai do termo, cujas raízes etimológicas são inglesas (*tourism*), o turismo pressupõe atividade de lazer, que comporta todo um processo econômico de deslocamento de pessoas e coisas, além de circulação de veículos, requerendo infraestrutura compatível.⁵⁰

Especialmente no caso do idoso, alojamentos, transporte, atendimentos emergenciais de saúde são algumas das prioridades a serem objeto de planejamento nas políticas públicas no País, ainda incipientes, como se sabe.

48 Idem, art. 23.

49 BRASIL, Lei de Política Nacional de Turismo – 11.771, de 17 de setembro de 2008, art. 6º, V. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11771.htm

50 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229.

A Lei 11.771/2008 considerou o turismo “como instrumento de desenvolvimento econômico e social, promoção e diversidade cultural e preservação da biodiversidade”, em seu art. 2º, parágrafo único.⁵¹

Em consonância com a natureza do turismo, a Lei 11.771/2008, conceitua-o como “as atividades realizadas por pessoas físicas durante viagens e estadas em lugares diferentes do seu entorno habitual, por um período inferior a 1 (um) ano, com finalidade de lazer, negócios”, ou mesmo de outra ordem, a exemplo do cultural, religioso etc.⁵²

A Constituição de 1988, no art. 180, estabelece que: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”, assim, o planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico é atribuição do Governo Federal, consoante a Lei 11.771, de 17 de setembro de 2008.⁵³

Quanto aos princípios regentes da Política Nacional de Turismo são os “[...] constitucionais da livre iniciativa, da descentralização, da regionalização e do desenvolvimento econômico-social justo e sustentável”, bases jurídicas do planejamento e ordenamento do setor turístico.⁵⁴

A atividade no Brasil ainda não tem sido contemplada com a relevância que a indústria do turismo merece, apesar de ser, para muitos países “sua principal fonte de renda, quando não a única”.⁵⁵

O Ministério do Turismo, em levantamento estatístico sobre “Hábitos de Consumo do Turismo do Brasileiro”, ao analisar a “segmentação do mercado em razão do perfil sócio-demográfico”, contabilizou os brasileiros de 60 anos ou mais como um grupo de turistas que correspondem a apenas 13,3% do mercado (2009).⁵⁶

51 BRASIL, Lei de Política Nacional de Turismo – 11.771, de 17 de setembro de 2008, art. 2º, parágrafo único. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm

52 Idem, art. 2º (caput).

53 Ibidem, art. 3º.

54 BRASIL, Lei de Política Nacional de Turismo – 11.771, de 17 de setembro de 2008, art. 4º, parágrafo único. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm

55 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Op. cit., p. 229 – 230.

56 BRASIL, Ministério do Turismo. Hábitos de Consumo do Turismo do Brasileiro. Brasília: Governo Federal, 2009. Disponível em http://www.turismo.gov.br/export/sites/default/turismo/noticias/todas_noticias/Noticias_download/13.11.09_Pesquisa_Hxbitos_2009.pdf

A falta de políticas públicas de incentivo, acesso e investimentos no setor turístico, voltadas para a terceira idade, representa sérios obstáculos ao crescimento das atividades no País. Até mesmo índices atualizados dos deslocamentos (viagens) dos idosos – no lazer em geral, e no turismo em especial – são oferecidos com a devida regularidade.

Conforme notícia em site de turismo, na reportagem “A terceira idade ganha o mundo”, “a população idosa brasileira deve chegar a 65 milhões de pessoas em 2050, de acordo com o relatório “Envelhecendo em um Brasil Mais Velho, do Banco Mundial”.⁵⁷

Segundo o Estatuto do Idoso, “aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares”.⁵⁸

Aduz, ainda, a legislação estatutária, nos parágrafos do art. 39, benefícios no transporte coletivo, no sistema interestadual (art. 40), com reservas de vagas, além de prioridades específicas, em decorrência de sua condição etária (arts. 41 e 42).⁵⁹

As possibilidades futuras do mercado turístico no Brasil dependem, diretamente, da percepção do Poder Público no tocante à divulgação e atenção que deve ser dada ao segmento turístico de pessoas idosas no País.

4. Considerações finais

O envelhecimento, apesar de ser um processo que se inicia com o nascimento, não se torna sensível à pessoa, senão com o passar dos anos. No entanto, aspectos socioculturais podem acelerar as marcas do tempo na vida de uma pessoa, tornando-a mais propensa a certas doenças psicossomáticas, a exemplo da depressão, que acomete grande parte da população brasileira, agravando os gastos públicos em saúde.

57 AZEVEDO, Gabriel. A terceira idade ganha o mundo. Turismo – Gazeta do Povo: publicado em 11/04/2013. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/turismo/conteudo.phtml?id=1362107&tit=A-terceira-idade-ganha-o-mundo>

58 BRASIL, Estatuto do Idoso: Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, art. 39. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm

59 Idem, arts. 40, 41 e 42. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm

Na prevenção às enfermidades comuns à terceira idade, não só as políticas públicas desempenham importantíssimo protagonismo social, mas o acesso ao trabalho e à educação dão à pessoa idosa perspectivas salutares de longevidade e qualidade de vida.

Conforme examinado no texto, a análise linear e reducionista da velhice acabou por ceder espaço a pesquisas científicas focadas na totalidade da pessoa, não apenas biológica, mas social e culturalmente considerada, o que se pode alcançar pela Gerontologia Social.

As doenças da velhice consomem grande parte dos recursos do idoso, impossibilitando-o de ter acesso ao lazer, agravando suas condições psicológicas, uma vez que o isolamento debilita moral e mentalmente a pessoa.

Embora o curso da vida, desde o nascimento, conduza à morte, o evoluir em direção ao fim acarreta uma certa nostalgia, inevitável sensação de perda, que acompanha o processo de envelhecimento.

Neste cenário, o trabalho representa valioso instrumento à promoção da qualidade de vida da pessoa idosa, habilitando-a a resolver problemas cotidianos, fazendo-a superar a natural inclinação à acomodação.

O trabalho da pessoa idosa contribui, também, para o sustento da família, além de representar parcela significativa da economia nacional em investimentos turísticos.

O grande desafio, no entanto, continua sendo a saúde, cujos recursos, embora frequentemente duplicados, ainda não conseguem cobrir as crescentes necessidades, uma vez que as medidas sanitárias requeridas, de natureza preventiva, são escassas.

Também, ao se examinar os direitos sociais à luz do Estatuto do Idoso, ficou claramente demonstrado no texto que os direitos do idoso nada mais são do que direitos fundamentais, cuja salvaguarda constitucional é garantida pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV).

Por fim, deve-se ressaltar, como se procurou evidenciar na análise feita, que a educação é prioritária no desenvolvimento mental da pessoa idosa, além de conservá-la atuante em sua vida profissional por mais tempo. Neste particular, a educação como processo salutar à promoção da sadia qualidade de vida deve ser iniciado desde a infância, estendendo-se pela juventude, idade adulta e dando prosseguimento com a velhi-

ce. No entanto, mesmo a falta de oportunidades durante a vida, no que toca ao acesso à educação, não representa obstáculo ao idoso, que ainda poderá despertar habilidades adormecidas, que não teve oportunidade de desenvolver durante o curso de sua vida.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Gabriel. A terceira idade ganha o mundo. **Turismo – Gazeta do Povo**: publicado em 11/04/2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/turismo/conteudo.phtml?id=1362107&tit=A-terceira-idade-ganha-o-mundo>>.

BERKENBROCK, Ivete. Envelhecimento saudável e com qualidade de vida. *In*: HARGREAVES, Luiz Henrique Horta (Org.). **Geriatria**. Brasília, 2006, p. 122.

BERZINS, Marília Anselmo Viana da Silva. **Direitos humanos e políticas públicas. Cuidar melhor e evitar a violência – Manual do Cuidador da Pessoa Idosa** / Tomiko Born (organizadora). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2008, p. 31.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, Estatuto do Idoso: Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm

BRASIL, Lei de Política Nacional de Turismo – 11.771, de 17 de setembro de 2008, art. 6º, V. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm

BRASIL, Ministério do Turismo. **Hábitos de Consumo do Turismo do Brasileiro**. Brasília: Governo Federal, 2009. Disponível em http://www.turismo.gov.br/export/sites/default/turismo/noticias/todas_noticias/Noticias_download/13.11.09_Pesquisa_Hxbitos_2009.pdf

COLUCCI, Maria da Glória. O elo da morte no processo vital: o biodireito e a bioética “em defesa da vida”. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2011, p. 6-20.

GOLDIM, José Roberto; GLOCK, Rosana Soibermann. **Bioética**, Brasília, v. 12, n. 2, 2004, p. 11-12.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002, p. 150.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2011, p. 24.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 426.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência e maus-tratos contra a pessoa idosa. É possível prevenir e superar. In: BORN, Tomiko (Org.). **Cuidar melhor e evitar a violência**: Manual do Cuidador da Pessoa Idosa. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2008, p. 42.

ONU, Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro, 20 a 22 de junho de 2012. Documento Final da Conferência (I.6). Disponível em: <http://www.onu.org.br/rascunho-zero-da-rio20-disponivel-em-portugues/> (Arquivo disponível em PDF).

PINTOS, Cláudio C. Garcia. **A família e a terceira idade**: orientações psicogerontológicas. Trad. Haroldo Reimer. São Paulo: Paulinas, 1997, p. 8.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 38.

SANTOS, Silvana Sidney. **Gerontologia e os pressupostos de Edgar Morin**. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/acervo/artieop/Geral/artigo15.htm>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

SEBRAE – PR: **Número de idosos empregados aumenta 70% em 10 anos no PR**; acesso em 01/04/2013. Disponível em <http://www.pr.sebrae.com.br/PortalInternet/Noticia/ci.N%C3%BAmero-de-idosos-empregados-aumenta-70%25-em-10-anos-no-PR.print>

SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa. **Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição da República de 1988**. Curitiba, PR: J.M. Livraria Jurídica, 2011, p. 38.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World Health Organization Division of Mental Health**. Geneva: WHO (MNH / PSF / 93.9), p. 29.

ZANINI, Cláudia Regina de Oliveira. Envelhecimento saudável: o cantar e a gerontologia social. **Revista da UFG**, v. 5, n. 2, dez. 2003, p. 3. Disponível em: http://www.proec.ufg.br/revista_ufg/idoso/saudavel.html.





A RESPONSABILIDADE TÉCNICA DOS ESTABELECIMENTOS FARMACÊUTICOS E AS RESTRIÇÕES DA LEI Nº 5.991/73 EM SUA ASSUNÇÃO PELOS OFICIAIS, TÉCNICOS E AUXILIARES DE FARMÁCIA



Luiz Henrique Sormani Barbugiani

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Sanitário, em Saúde Pública, em Direito Processual Civil, em Direito Material e Processual do Trabalho. Procurador do Estado. Ex-Procurador de Municípios.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Licença Sanitária. 3. Poder de Polícia Sanitário. 4. As Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e o Interesse Público Inerente aos Dispositivos da Lei 5.991/73. 5. Reconhecimento da Legalidade e Constitucionalidade das Exigências da Lei n.º 5.991/73 pelos Tribunais. 6. Conclusão. Referência Bibliográfica.

RESUMO: Oficiais, Técnicos e Auxiliares de Farmácia são profissionais cujo conhecimento técnico apenas admite a assunção de responsabilidade para estabelecimentos farmacêuticos (Farmácias e Drogarias) em situações específicas. A lei de regência tem sido interpretada salvaguardando o interesse de particulares em detrimento ao interesse público, através especialmente da concessão de liminares ou antecipações de tutela, obstaculizando, invariavelmente, a ação da fiscalização sanitária e ampliando sem justificativa as exceções legais à exigência de farmacêutico graduado em nível superior. Diante desse quadro, o papel da jurisprudência é crucial para salvaguardar o interesse coletivo frente ao particular merecendo ponderações não só jurídicas, mas também de cunho técnico sanitário.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade Técnica. Farmácia. Drogaria. Interesse Público. Licença Sanitária.

ABSTRACT: *Officials, technicians, and pharmaceutical staff in general are professionals that, because of their restrict technical knowledge, only can be held responsible for pharmaceutic establishments on specific situations. Regency Law has been interpreted in a way that preserves private interests instead of public ones, especially through the constant granting of temporary relief decisions which ends up preventing the regular State fiscalization and opening legal breaches in the lawful requirement of a pharmaceutical professional graduated and with a bachelor degree. Therefore, the role given to jurisprudence is rather relevant concerning the necessity to protect the public interest, which surely must be done by technical, sanitary and legal pondering.*

KEYWORDS: *technical responsibility, Pharmacy, Public Interest, Sanitary License*

1. Introdução

Os órgãos sanitários têm encontrado dificuldades em obrigar os proprietários de farmácias e drogarias a contratarem farmacêuticos graduados para assumir o posto de responsável técnico do estabelecimento.

Apesar da fiscalização sanitária não conceder a licença de funcionamento ao estabelecimento, diante do pedido de assunção de responsabilidade por profissionais de 2º grau, tais indivíduos tem acionado o Poder Judiciário que, muitas vezes, sem analisar pormenorizadamente as implicações da matéria, em virtude dos inúmeros processos que abarrotam a Justiça, acabam concedendo liminares ou antecipações de tutela lastreadas numa cognição sumária e superficial e, posteriormente, no ato de sentenciar, as confirmam sem adentrar propriamente no âmago da questão.

Assim, ante a preocupação cada vez mais crescente com a saúde pública da população e demais reflexos sanitários na atribuição de responsabilidade técnica a um profissional sem graduação em Farmácia, torna-se necessária algumas considerações em relação à Lei nº. 5.991/73, em pleno vigor.

Inicialmente, convém desenvolver breves noções acerca do conceito e pressupostos de uma licença e do poder de polícia administrativo, para, na sequência, elaborar comentários com maior desenvoltura às exigências sanitárias insculpidas na legislação, ilustrando o raciocínio delineado com os posicionamentos de alguns Tribunais brasileiros e embasado em elementos de anos de experiência na defesa judicial de órgão de fiscalização sanitária.

2. Licença Sanitária

A licença sanitária, como qualquer licença, somente é concedida quando o interessado preencher todos os requisitos exigidos pela norma de regência.

O ato administrativo de licença, consubstanciado formalmente num alvará, só se transmuda em direito do administrado quando este efetivamente comprova cumprir todos os elementos suscetíveis de ensejar a sua concessão. Antes desse momento, não se pode falar em direito adquirido propriamente dito, tendo em vista o caráter vinculado do ato.

A doutrina reconhece a ausência de discricionariedade na concessão de licenças, tendo o ilustre Diógenes Gasparini¹ apresentado conceituação precisa quanto ao instituto, merecendo a devida transcrição:

É o ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada, desde que satisfeitas as exigências legais. Desse modo, atendidos os requisitos previstos em lei, não tem, sob pena de ilegalidade, como ser negada pela Administração Pública a licença solicitada pelo administrado. É, pois, direito subjetivo do interessado. Dessas licenças são exemplos a de construir, comumente chamada de alvará de construção, e a de exercício de atividade profissional, quase sempre denominada alvará de funcionamento. Não se confunde com a autorização. Esta é discricionária; aquela é vinculada.

Ressalte-se que, quando a licença envolve a prática de atividades, deve-se observar atentamente o art. 5º, XIII, da Constituição Federal, o qual determina que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Como é sabido, a qualificação exigida para a responsabilidade técnica de farmácias e drogarias, salvo raras exceções, é a graduação em Farmácia, como se depreende do teor do § 3º do art. 15 da Lei nº 5.991/73.

3. Poder de Polícia Sanitário

O poder de polícia é conceituado no *caput*, do art. 78, do Código Tributário Nacional, sendo utilizado tal dispositivo como fonte subsidiária para os outros ramos do Direito, dada a profundidade de sua definição que ora se reproduz:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

1 GASPARINI, D. Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78/79

A consagrada doutrinadora Odete Medauar² entende que a essência desse poder envolve a limitação do exercício de direitos e liberdades, sendo conveniente a exposição de seu pensamento:

Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É uma das atividades em que mais se expressa sua face autoridade, sua face imperativa. Onde existe um ordenamento, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar o exercício de direitos fundamentais de indivíduos e grupos.

O exercício do poder de polícia ocorre em diversas áreas, sendo impossível quantificá-las, *a priori*, dependendo invariavelmente do bem jurídico a ser resguardado, sendo certo que, entre seus exponenciais, encontram-se a sanitária, como se extrai da manifestação de um dos maiores ícones do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello³:

Resumidamente, pode-se dizer que a polícia administrativista propõe-se a salvaguardar os seguintes valores: a) de segurança pública; b) de ordem pública; c) de tranquilidade pública; **d) de higiene e saúde públicas**; e) estéticos e artísticos; f) históricos e paisagísticos; g) riquezas naturais; h) de moralidade pública; i) economia popular. (grifos nossos)

Traçados esses singelos comentários, possível um exame mais detido da Lei nº 5.991/73 e sua interpretação jurisprudencial.

Anote-se, entretanto, que os juízos analisados na sequência deste estudo adotam a melhor interpretação para o resguardo da saúde da população, acabando por se chocar com a grande maioria das decisões judiciais que, inadvertidamente, protegem tão somente os interesses meramente privados dos Práticos, Técnicos e Oficiais de Farmácia.

4. As Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e o Interesse Público Inerente aos Dispositivos da Lei 5.991/73

A legislação federal, mais precisamente o *caput* do art. 15 da Lei nº 5.991/73, exige a presença obrigatória nas farmácias e drogarias de responsável técnico, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

2 Medauar, O. Direito Administrativo Moderno. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.387

3 DE MELLO, C.A.B. Curso de Direito Administrativo. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 773

O art. 17 do mesmo diploma legal, por sua vez, especifica que o funcionamento dos estabelecimentos ocorrerão sem a assistência de responsável ou seu substituto unicamente durante trinta dias, não se podendo, nesse período, aviar fórmulas magistrais ou oficiais, nem vender medicamentos sujeitos a regime especial de controle.

O § 3º do art. 15 da Lei Federal nº 5.991/73, como exceção, autoriza a atribuição de responsabilidade a Técnico em Farmácia em casos especiais, devidamente comprovados, ou seja, em razão do interesse público, caracterizada a necessidade da existência de farmácia ou drogaria, e na falta do farmacêutico, ocasião em que o órgão sanitário de fiscalização local licenciara os estabelecimentos, sob a responsabilidade técnica de Prático de Farmácia, Oficial de Farmácia ou outro, igualmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

A Súmula 120 do Superior Tribunal de Justiça, flexibilizando as exigências da lei, preconiza que o Oficial de Farmácia poderá ser responsável por drogaria, nos seguintes termos: “Oficial de farmácia, inscrito no conselho regional de farmácia, pode ser responsável técnico por drogaria.”

O Superior Tribunal de Justiça, na época da edição da Súmula, fundou-se, muito provavelmente, no entendimento de que nas drogarias, por inexistir manipulação de fórmulas, como nas farmácias, seria dispensável que o responsável técnico fosse farmacêutico.

A Súmula 275 do STJ, editada posteriormente, começou a reformular o posicionamento anterior do Tribunal, decretando a impossibilidade de se conceder a responsabilidade técnica de drogarias a indivíduos com nível de formação em 2º grau, como no caso do Auxiliar de Farmácia, da seguinte forma: “O auxiliar de farmácia não pode ser responsável técnico por farmácia ou drogaria.”

Percebe-se que a evolução jurisprudencial natural tende a rever a concessão irrestrita de responsabilidade técnica aos profissionais de 2º grau, em especial devido a edição de normas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que exigem a presença de Farmacêutico para determinados atos e a discussão da possibilidade de fracionamento de medicamentos por drogarias.

Na análise estrita da legislação, verifica-se que a norma não estabelece diferenças no tocante à assunção de responsabilidade técnica por farmácias e drogarias, não cabendo ao intérprete, por conseguinte, atenuar as restrições para as drogarias.

A finalidade da legislação é a salvaguarda do interesse público, representado na proteção à saúde da população, sendo inconcebível que, nos dias atuais, os interesses individuais se sobreponham ao interesse de toda a coletividade.

Carlos Maximiliano⁴, em sua multicitada obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, esclarece que as interpretações e eventuais preenchimentos de lacunas deixadas pela norma não deverão contrariar a lei, mas sim atentar ao seu escopo:

O fim primitivo e especial da norma é condicionado pelo objetivo geral do Direito, mutável com a vida, que ele deve regular; mas em um e outro caso o escopo deve ser compatível com a letra das disposições; completa-se o preceito por meio da exegese inteligente; preenchem-se as lacunas, porém não contra legem.

A matéria, como se pode notar, é polêmica, tendo em vista os inúmeros interesses envolvidos, mas, com certeza, não se justifica uma atenuação de requisitos impostos pela lei no resguardo da saúde pública para elastecer, principalmente na atualidade e sem nenhum critério, as regras de exceção no tocante à assunção de responsabilidade técnica.

Na realidade, o desenvolvimento da sociedade enseja interpretação diametralmente oposta a que vem sendo dada por alguns decisórios, dada a evolução das ciências farmacêuticas e seus potenciais danos, se desconsideradas as restrições e limitações profissionais.

Ressalte-se que não se pode confundir a fiscalização exercida pelo Conselho de Farmácia com a realizada pela Vigilância Sanitária, uma vez que o fato de um profissional estar inscrito no CRE, no quadro de não farmacêuticos, mesmo que por ordem judicial, não significa que poderá assumir a responsabilidade técnica do estabelecimento – drogaria – junto à Vigilância Sanitária.

4 MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense 1997. p.155

Assim, necessário esclarecer, mais uma vez, a questão, a fim de salientar que a Lei nº 5.991/73, em seu art. 15, § 3º, trata expressamente de licença concedida pelo órgão sanitário local e condiciona a sua emissão a outros profissionais que não farmacêutico apenas em situações específicas e comprovadas, quais sejam:

- a) o interesse público;
- b) a necessidade de farmácia⁵, e
- c) a ausência de Farmacêutico disponível na localidade.

O Conselho de Farmácia inscreve em seus quadros profissionais não farmacêuticos de nível médio, não podendo essa mera inscrição obrigar o órgão sanitário local, detentor do poder de polícia sanitário, a emissão de licença a esses profissionais para responderem tecnicamente por drogarias ou farmácias.

Observe-se que o art. 200, I e II, da CF, expressa a competência do SUS para exercer o poder de polícia sanitário, controlando produtos e substâncias de interesse à saúde, devendo, por consequência lógica, pautar-se o órgão de fiscalização nas normas específicas sobre a assunção de responsabilidade técnica, visando sempre ao interesse da coletividade.

O diploma federal regulador data de 1973 e foi elaborado para beneficiar a população dos centros mais afastados das zonas de desenvolvimento urbano, que poderiam encontrar dificuldades em contratar um assistente técnico para viabilizar o funcionamento dos estabelecimentos farmacêuticos.

Acrescente-se que, ao final do dispositivo, utiliza-se o termo “na forma da lei”, ou seja, estabelece-se a necessidade de regulamentação para que se implemente a possibilidade declinada no parágrafo.

As exigências da norma de regência não podem ser desconsideradas sob a singela alegação de mácula ao direito adquirido do Oficial de Farmácia, uma vez que, se tal tese fosse aplicável, não se poderia sequer exigir da população a renovação da carteira de motorista, o respeito ao rodízio de veículos ou a adequação de profissionais de educação às exigências do MEC.

5 Nos grandes centros observa-se a imensa quantidade de farmácias e drogarias às vezes mais de uma na mesma rua ou quadra não autorizando a liberação pelas autoridades sanitárias da exigência da presença de um farmacêutico responsável.

Além disso, nem mesmo há direito adquirido nos casos dos interessados que obtiveram recentemente o certificado de cursos assemelhados a esse de Oficial de Farmácia.

Caso existam farmacêuticos ou universidades de graduação em Farmácia ou ainda desnecessidade da criação de estabelecimento farmacêutico devido à existência de outros no local, não se caracterizará o interesse público necessário para configurar a hipótese de exceção à responsabilidade técnica conferida ao Farmacêutico.

O art. 57 da Lei nº 5.991/73, funcionando como regra de transição, indica que os Oficiais de Farmácia que estivessem em plena atividade e provassem manter a propriedade ou copropriedade de uma farmácia em 11 de novembro de 1960, seriam provisionados para o estabelecimento de sua propriedade.

Saliente-se, contudo, que não estamos em 1960, como dispõe a regra de transição da lei, sendo ilógico que o Técnico de Farmácia ou outro profissional de nível médio possa adquirir a assunção de responsabilidade baseada em regra de transição, destinada a outros profissionais, que, conforme as normas atuais, já seriam, em tese, de discutível manutenção, ante a inexistência de direito adquirido frente ao interesse coletivo, principalmente, nos casos envolvendo a saúde pública.

Na Apelação Cível nº 197.545.5/9-00⁶, o Tribunal de Justiça de São Paulo analisou situação assemelhada, editando-se a seguinte ementa:

Mandado de Segurança. Drogaria. Oficial de Farmácia inscrito no Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, após 1960. Indeferimento de habilitação do impetrante para exercer a função de responsável técnico de Drogaria. Decisão Legal, que encontra fundamento nos arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 5.692/71. Sem aplicação, ao caso, do enunciado da Súmula 120 do STJ, endereçada à preservação dos antigos oficiais de farmácia protegidos pela Lei 3.820/60, que não é a hipótese. Recursos Oficial e da Fazenda do Estado providos para denegar a segurança.

No corpo do Acórdão supracitado discutiu-se, com maestria, a situação dos profissionais de nível médio, tendo sido proferido o seguinte entendimento:

6 TJSP. Apelação Cível nº 197.545.5/9-00. Rel. Des. José Santana. J. 11.08.2004.

No caso, o impetrante não se inclui no rol dos antigos práticos e oficiais de farmácia, porque estes são aqueles que já exerciam a profissão de farmacêuticos quando de sua regulamentação pela n. 3.820/60. O impetrante nasceu em 1943(fls.23), de modo que em 1960 nem havia atingido a maioridade para atuar, independentemente, na profissão, não se aplicando a ele o enunciado na Súmula 120 do Superior Tribunal de Justiça.

Frise-se, mais uma vez, que as regras de transição, por serem consideradas exceções às normas gerais, devem ser interpretadas de maneira literal, sem qualquer ampliação, conforme posicionamento unânime da jurisprudência dos Tribunais nacionais.

É de extrema importância indicar que em situações em que se choca o interesse público com o particular, aquele prevalece sobre este, por razões óbvias, uma vez que o próprio conceito de poder de polícia administrativo previsto na legislação envolve a idéia de limitações à atividade privada em prol do interesse da sociedade.

A necessidade de conhecimentos inerentes ao curso superior de farmacêutico são exigências legais para a proteção da população, sendo temerário aceitar Oficiais de Farmácia para assumir a responsabilidade técnica de drogarias sem que se comprove as atualizações obrigatórias para o exercício profissional em áreas que envolvam a saúde pública.

A jurisprudência é pacífica no tocante à prevalência do interesse público, inexistindo violação ao direito individual ou ao instituto do direito adquirido com a superveniência de normas de ordem pública editadas em tutela ao interesse coletivo, aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao caso dos oficiais de farmácia:

LOTEAMENTO URBANO. APROVAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO, COM DEFINIÇÃO DO PARCELAMENTO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. Ato que não tem o efeito de autorizar a edificação, faculdade jurídica que somente se manifesta validamente diante de licença expedida com observância das regras vigentes à data de sua expedição. Caso em que o ato impugnado ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito de propriedade, descabendo falar-se em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune. Da circunstância de plantas do loteamento haverem sido arquivadas no cartório imobiliário com anotações alusivas a índices de ocupação não decorre direito real a tais índices, à ausência não apenas

de ato de aprovação de projeto e edificação, mas, também, de lei que confira ao registro tal efeito. Legitimidade da exigência administrativa de adaptação da proposta de construção às regras do Decreto nº 3.046/81, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento. Recurso conhecido e provido.⁷

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TENDO COMO FUNDAMENTO A CONTRARIEDADE A DIREITO ADQUIRIDO, A COMPETÊNCIA PARA JULGAR O APELO EXTREMO CONTINUA COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LICENÇA PARA CONSTRUIR. HIPÓTESE DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE RENOVAÇÃO E NÃO DE REVOGAÇÃO DA PRÓPRIA LICENÇA. DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE, AINDA MAIS CONSIDERANDO SER O PEDIDO DE RENOVAÇÃO POSTERIOR A LEI MUNICIPAL QUE DECLARARA A ÁREA NON AEDIFICANDI. CONTESTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO BASEADA EM MATÉRIA DE FATO E DIREITO LOCAL, QUE REFOGEM DO ÂMBITO DE JURISDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA. RE NÃO CONHECIDO.⁸

Despacho

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que julgou improcedente pedido de ação indenizatória proposta pelos recorrentes, nos termos de sua ementa: "DIREITO DE PROPRIEDADE. LIMITAÇÃO DO USO DO SOLO EM ÁREAS ESPECIAIS DE INTERESSE TURÍSTICO, PROTEGENDO O PATRIMÔNIO PAISAGÍSTICO DA REGIÃO LITORÂNEA DO ESTADO. LEI FEDERAL Nº 6.513 DE 20.12.77, LEI ESTADUAL Nº 7.389/80, E DECRETO ESTADUAL Nº 5.732/82, QUE A REGULAMENTOU. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, VISANDO REPARAÇÃO PELO NÃO APROVEITAMENTO ECONÔMICO DAS ÁREAS NAS QUAIS OS AUTORES PRETENDIAM CONSTRUIR DOIS EDIFÍCIOS, DE APARTAMENTOS, UM COM ÁREA TOTAL DE 9.541,30 M2 E OUTRO COM 11.613,57 M2, CONSISTENTE NOS LUCROS CESSANTES ALUSIVOS AO RESULTADO QUE A VENDA DAS UNIDADES EDIFICADAS LHES PROPICIARIA. INEXISTÊNCIA, PORÉM, DE CONSTRUÇÃO EM ANDAMENTO E QUAISQUER PREPARATIVOS PARA INÍCIO DAS OBRAS, HAVENDO, APENAS, PROJETOS E ALVARÁS DO MUNICÍPIO DE GUARATUBA, IRREGULARMENTE EXPEDIDOS. AÇÃO PROCEDENTE, NÃO OBSTANTE. RECURSO PROVIDO PARA JULGÁ-LA IMPROCEDENTE. - Em

7 RE 212780 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 27/04/1999. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 25-06-1999 PP-00030. EMENT VOL-01956-06 PP-01145.

8 RE 118226 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELIO BORJA. Julgamento: 26/09/1989. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação. DJ 13-10-1989. PP-15760. EMENT. VOL-01559-01 PP-00102

decorrência das disposições legais acima referidas, não configura direito adquirido a licença para construir fornecida pelo Município, em área de preservação ambiental, protegida por lei. - Não são indenizáveis, a título de lucros cessantes, a mera possibilidade de lucros, provenientes de possível realização de obra; para o reconhecimento de lucros cessantes há necessidade de fatos concretos e não aleatórios, como já decidiu este Tribunal de Justiça (AC. Nº 7.351, 2ª C. Cível)" (fl.605/606) Apontam os recorrentes ofensa ao disposto no art. 5º, XXII e XXIV, da Constituição, pois o Estado do Paraná teria praticado verdadeira desapropriação indireta, causando-lhe sérios prejuízos, com o embargo da construção de dois prédios de apartamentos. 2. Como registrado no parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida, a análise do recurso extraordinário demanda o reexame da legislação local e dos fatos e provas da causa, o que é inviável pelo óbice das Súmulas STF nº 279 e 280, verbis: "(...) da leitura do aresto recorrido (fls. 605/618), depreende-se claramente que a questão não só foi resolvida à luz da legislação local (Lei Estadual nº 7.389/80 e Decreto Estadual nº 5.732/82), como rediscutir as suas conclusões em torno da ausência de comprovação do título de propriedade de um dos imóveis, da plena vigência da lei local limitativa ao serem expedidos os alvarás e da falta de perspectiva de direito pela não iniciação da construção dos imóveis, implica, não só no precedente reexame da legislação infraconstitucional já mencionada, o que torna a ofensa, por ventura existente, em reflexa ou indireta, como igualmente em adentrar no campo probatório da questão já definido pelas instâncias ordinárias." (fl. 880) 3. Diante do exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 27 de agosto de 2002. Ministra Ellen Gracie Relatora.⁹

MANDADO DE SEGURANÇA. ALVARÁ DE LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO. SUSPENSÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, II E 131, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO QUE SE ENCONTRA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO COM BASE NAS PROVAS E FATOS CIRCUNSTANCIADOS NOS AUTOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Examina-se recurso especial interposto em sede de mandado de segurança contra acórdão assim ementado: "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - ALVARÁ REVOGADO SUMARIAMENTE PELO AGENTE DA MUNICIPALIDADE - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - SENTENÇA

9 RE 315197 / PR - PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 27/08/2002. Publicação. DJ 11/09/2002 P - 0059 (decisão monocrática)

MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA – NÃO EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – RECURSO IMPROVIDO - UNANIMIDADE.

1- Ato administrativo, revogação da licença, tem natureza sumária, portanto, não obedece ao rigores dos ritos formais. Ademais, o ato se dá em consonância às atribuições da administração em zelar com o público, uma vez que a licença se encontrava vencida, pois não foi cumprido o projeto hidro-sanitário. Razão pela qual, não há que se falar em violação ao devido processo legal.

2- A licença constitui mera autorização, podendo ser revogada caso não seja atendida uma condição imposta. No caso vertente, além da não apresentação do projeto hidro-sanitário, o alvará fora concedido pela Lei nº 4.167/94, porém o apelante não havia iniciado a construção da obra, quando da superveniência de legislação inviabilizadora do projeto anterior. A Lei nº 4.274/95 veio estabelecer o limite de dois pavimentos e não de cinco, a serem erguidos na Zona Residencial 17r1/05. Não caracterização de direito adquirido.

3- Não é nula sentença fundamentada sucintamente (RTJE 102/100). A sentença ora recorrida é concisa e possui precisas considerações sobre as poucas provas oferecidas à colação com a exordial da ação mandamental impetrada.

4- À unanimidade, não conhecer da presente apelação, mantendo incólume os termos da sentença recorrida.” 2. Encontrando-se o acórdão que apreciou os embargos de declaração, suficientemente instruído e fundamentado, não há que se falar em sua nulidade por violação dos artigos 165, 458, II, do Código de Processo Civil. O fato de o decisório não esmiuçar, uma a uma, as indagações jurídicas do embargante, não pode ser tomado como vício de nulidade, mormente quando o mesmo abordou todas as questões atinentes e necessárias ao deslinde da controvérsia.

3. Estéril se apresenta a intenção recursal cuja investigação da infringência legal apontada, demanda o revolvimento de matéria fática. No caso sub examine, o recorrente ao afirmar violação do artigo 131 do Diploma Adjetivo Civil, o faz ao argumento de que os fundamentos da decisão que ora se quer reformar, baseiam-se em fatos e provas retiradas de outros autos. Por outro lado, o próprio acórdão ao decidir a demanda, o fez tomando em consideração as provas e os fatos circunstanciados nos autos.

4. A reapreciação de matéria fática em sede de recurso especial encontra vedação expressa no verbete sumular n.º 7 desta Casa Julgadora.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.”¹⁰

10 REsp 603.845/ES, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.11.2004, DJ 21.03.2005 p. 239.

ADMINISTRATIVO - LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO.

AUTORIZADA A CONSTRUÇÃO SEM O PREVIO CUMPRIMENTO DOS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS PODE SER ELA REVOGADA, OU ANULADA PORQUE DEFERIDA AO ARREPIO DA LEI, UMA VEZ TRATAR-SE DE AREA CONSIDERADA COMO DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PELA LEI MUNICIPAL N. 1.721/79.

A CONCESSÃO DO ALVARA NAS CONDIÇÕES ACIMA DESCRITAS O DESQUALIFICA COMO ATO GERADOR DE DIREITO ADQUIRIDO E AFASTA A SUA PRESUNÇÃO DE DEFINITIVIDADE.

PRELIMINARES REPELIDAS.

RECURSOS IMPROVIDOS.¹¹

ADMINISTRATIVO - LICENÇA DE CONSTRUÇÃO - DIREITO DE CONSTRUIR - ALVARA EXPEDIDO EM DESOBEDIENCIA A LEI.

NEGADO PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA CONCESSÃO DE LIMINAR, EM AÇÃO CIVIL PUBLICA, EM ANDAMENTO, NÃO COMPORTA RECURSO ESPECIAL.

NÃO CARACTERIZA DIVERGENCIA ACORDÃO DE PRESSUPOSTOS DIVERSOS: LICENÇA REGULARMENTE CONCEDIDA ANTEPOSTA A LICENÇA EXPEDIDA CONTRARIANDO NORMAS MUNICIPAIS E FEDERAIS.

ALVARA EXPEDIDO SEM OBEDIENCIA AOS REGULAMENTOS NÃO CONFERE DIREITO ADQUIRIDO, PODENDO SER ANULADO.

A CONTINUIDADE DA OBRA DA AGRAVANTE CAUSARIA DANOS IRREVERSIVEIS A AREA ATINGIDA E TORNARIA IMPOSSIVEL, A SUA RECUPERAÇÃO, COMPROMETENDO O QUADRO AMBIENTAL E PAISAGISTICO.¹²

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO SONORA. PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO. INTERESSE PÚBLICO (MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL) A PREVALECER SOBRE O INDIVIDUAL. RESTRIÇÃO DE HORÁRIO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. A CF (art. 225, e § 3º) garante o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Proteção ambiental regulamentada pelos termos do Código de Posturas do Município (Lei Municipal nº 2044/79), em seu art.199. 3. Nos termos do artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938,81, poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou

11 RMS .137/PA, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.04.1990, DJ 16.04.1990 p. 2864

12 REsp 2.696/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.02.1991, DJ 11.03.1991 p. 2376.

privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Precedentes. APELO DESPROVIDO¹³ MANDADO DE SEGURANCA. ALVARA DE LOCALIZACAO. ATIVIDADE NOCIVA A SAUDE E SEGURANCA PUBLICAS. LEGALIDADE DA NEGATIVA DA SUA EXPEDICAO. SEGURANCA DENEGADA. APELACAO DESPROVIDA¹⁴. SAUDE PUBLICA. ESTETICA CORPORAL. FIRMA QUE ATUA COM OBJETIVO SOCIAL DECLARADO DE ASSESSORAMENTO ESTETICO CORPORAL, MESMO QUE DE FATO PROCEDA APENAS AO AGENCIAMENTO DE CLIENTES PARA MEDICOS, NUTRICIONISTAS E PSICOLOGOS, DEVE FUNCIONAR OBRIGATORIA- MENTE MUNIDA DE ALVARA DE FUNCIONAMENTO EMITIDO PELA DIVISAO DE FISCALIZACAO DO EXERCICIO PROFISSIONAL - DIFEP, DA SECRETARIA DA SAUDE E MEIO AMBIENTE. E SOB A SUPERVISAO TECNICA DE MEDICO RESPONSAVEL, NOS TERMOS DA LEGISLACAO ESTADUAL (LEI 6503/72 E DEC. 23430/74). ATIVIDADES QUE PODEM COMPROMETER A PROTECAO E A PRESERVACAO DA SAUDE PUBLICA INDIVIDUAL OU COLETIVA, COMO PLANOS DE EMAGRECIMENTO, MESMO QUE NATURAIS, ESTAO SOB A TUTELA E FISCALIZACAO DOS ORGAOS PUBLICOS COMPETENTES. APELO IMPROVIDO.¹⁵

A doutrina, por sua vez, também defende veementemente o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, seja na criação da norma ou em sua aplicação, sendo salutar a reprodução do entendimento da administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁶:

Esse princípio, também chamado de princípio da **finalidade pública**, está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

A situação é tão inusitada que, diante da ausência de regulamentação da profissão de Oficial de Farmácia, nem mesmo se poderia cogitar da possibilidade de cumulação de emprego ou cargo na Administra-

13 Apelação Cível Nº 70021736038, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 13/12/2007.

14 Apelação Cível Nº 592043590, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 16/02/1993.

15 Apelação Cível Nº 590012167, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Pedro Pires Freire, Julgado em 27/06/1990.

16 DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. 18ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 68

ção Pública com outras funções públicas autorizadas pelo art. 37, XVI, “c”, da Constituição Federal, como advertido em determinados julgados.

Cite-se, a título de exemplo, a ementa da Apelação Cível nº 2491/2004, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que não reconheceu direito líquido e certo ao Oficial de Farmácia em ser considerado integrante da área da saúde com possibilidade de acumulação de cargos no serviço público:

Mandado de Segurança. Profissional pretendendo acumular cargos de Oficial de Farmácia com o de Auxiliar de Laboratório. Profissão de oficial de farmácia não regulamentada. Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado. Confirmação da sentença que denegou a ordem. Não provimento do apelo¹⁷

Assim, percebe-se que, seja na impossibilidade de aplicação do art. 37, XVI, “c”, da Carta Magna, seja na assunção de responsabilidade técnica, a jurisprudência mais adequada com a realidade de nossos dias direciona-se a privilegiar a saúde pública da população, cujo interesse público é flagrante e preponderante, sem reconhecimento de direitos adquiridos de cunho nitidamente individual.

5. Reconhecimento da Legalidade e Constitucionalidade das Exigências da Lei n.º 5.991/73 pelos Tribunais

Numa breve pesquisa acerca da matéria objeto deste estudo, observa-se que existem inúmeros julgados que subvertem os valores protegidos pela norma de regência, viabilizando o exercício da atividade em farmácias e drogarias por pessoas sem os conhecimentos técnicos necessários a autorizar à assunção da responsabilidade técnica pelo estabelecimento.

Outras decisões, entretanto, foram proferidas em sintonia com o arcabouço legal existente e são estas que serão analisadas nas linhas que seguem, não se citando todas, mas apenas algumas suficientes a demonstrar a melhor interpretação dos preceitos legais vigentes.

17 TJRJ, Apelação Cível nº 2491/2004, Rel. Des. Galdino Siqueira Netto, J. 30 de junho de 2004.

No ano de 1988, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal uma representação de inconstitucionalidade¹⁸ dos artigos 15, § 3º e 17, da Lei n.º 5.991/73, sendo que os Ministros, em votação unânime, entenderam inexistir desconformidade dos dispositivos com a Constituição Federal vigente na época.

A ementa foi editada nos seguintes termos:

REPRESENTAÇÃO N.º 1.507-6 – DISTRITO FEDERAL

REPRESENTANTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REPRESENTADOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: - REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. Artigos 15, § 3º e 17 da Lei n.º 5.991, de 17.12.73. Limitação à liberdade de comércio. Drogeries. A norma que prevê a assistência do técnico responsável nas drogeries visa a concordância prática entre a liberdade do exercício do comércio de medicamentos e o seu controle, em benefício dos que visam tais medicamentos.

No relatório, elaborado pelo eminente Ministro Carlos Madeira, salientaram-se as informações prestadas pelo Exmo. Sr. Presidente da República na época da representação, que encaminhou os elementos fornecidos pela Consultoria Geral da República, com subsídios, inclusive, do Ministério da Saúde, reforçando a necessidade da presença de farmacêutico responsável em drogeries e farmácias, acenando não haver limitação inconstitucional em relação ao exercício profissional dos não-farmacêuticos, principalmente devido à obrigatoriedade de profissional de nível superior – farmacêutico – na venda de medicamentos sujeitos ao regime especial de controle e à inexistência de diferenças entre farmácias e drogeries em grau suficiente a implicar tratamento diferenciado:

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República, por seu turno, encaminha as informações elaboradas pela Consultoria-Geral da República, que se vale também de subsídios fornecidos pelo Ministério da Saúde. Assim podem ser resumidos os fundamentos das informações:

a) os arts. 15 e 17 da Lei n.º 5.991, de 1973, ao exigirem a assistência de farmacêutico para o funcionamento das drogeries e farmácias, conferem maior segurança ao público consumidor, inclusive no que se refere aos

18 STF Rp 1507 / DF - Distrito Federal, Representação, Relator Min. Carlos Madeira, Julgamento: 22/09/1988, Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJ 09-12-1988 PP-32676

controles especiais a que estão sujeitos os produtos entorpecentes e substâncias outras capazes de causar dependência física ou psíquica;

b) de conformidade com a Lei n.º 6.368, de 1976, de seu regulamento (Decreto n.º 78.992, de 1976) e da Portaria n.º 28/86 do Ministro da Saúde, a compra e venda de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica depende de licença da autoridade sanitária competente, esta, por seu turno, condicionada ao cumprimento de certos requisitos, entre os quais a prova de habilitação legal do farmacêutico responsável e da relação contratual entre a empresa e o referido profissional;

c) os dispositivos parcialmente impugnados não interferem na liberdade profissional, limitando-se a ensejar o exercício da atividade na área de trabalho que é própria do farmacêutico, ou seja, na manipulação de fórmulas magistrais ou oficinas e na venda de medicamentos sujeitos a regime especial de controle;

d) o extraordinário desenvolvimento dos laboratórios farmacêuticos praticamente anula a diferença entre farmácia e drogaria, pois já se está tornando coisa do passado a farmácia que havia receita e manipulava remédios.

No seu voto, o insigne Ministro, após asseverar que a distinção entre farmácia e drogaria não tem alcance prático, cita e transcreve trecho do parecer exarado pela Procuradoria Geral da República:

(...)

Lê-se no parecer: “a exigência legal de assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, constitui condição de capacidade para o funcionamento de farmácia e drogaria, com o objetivo de resguardar a saúde pública.

A legislação específica sempre influiu no âmbito da atividade profissional do farmacêutico o comércio de drogas, medicamentos e outras especialidades farmacêuticas.

O art. 6º do Decreto n.º 19.606, de 1931, atribuía a esses profissionais não apenas o comércio de medicamentos magistrais e oficinais, como também o de produtos químicos, galênicos, biológicos etc., e das plantas medicinais de aplicações terapêuticas. O art. 2º, letras a, b e c, do Decreto n.º 20.377, de 1931, dispôs no mesmo sentido.”

(...)

Adiante na exposição, tratou-se da não violação à liberdade do exercício profissional, garantida constitucionalmente, inclinando-se pelo bem maior, qual seja, a saúde pública frente aos conflitos de direitos de cunho individual, como o exercício irrestrito de qualquer profissão:

(...)

A garantia expressa no art. 153, § 23, da Constituição Federal, não prescinde das habilitações especiais requeridas para o exercício de certas profissões liberais e técnico-científicas, sendo legítima, por conseguinte, a exigência de diplomas e títulos científicos, desde que declarados em lei como condição de admissibilidade nessas profissões. Essa inteligência do princípio, hoje bem nítida na expressão constitucional “observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”, foi definida no regime do art. 72, § 24, da Constituição de 1981, quando o Congresso repeliu seguidas tentativas do Apostolado Positivista de conferir liberdade indiscriminada de exercício profissional, com abolição da exigência de títulos escolásticos, acadêmicos e outros (cf. ARISTIDES MILTON, ob. cit., p. 415-417; CLÁUDIO PACHECO, Tratado das Constituições Brasileiras, 1965, v. 10, p. 185-186; JOÃO BARBALHO, Constituição Federal Brasileira, 1924, 2ª ed., p. 446-447; AGENOR DE ROURE, A Constituição Republicana, 1948, v. 2, p. 620-627; CARLOS MAXIMILIANO, Comentários a Constituição Brasileira, 4ª. ed., 1948, v. 3, p. 84-88, etc.).

Esses e outros dados da evolução do tratamento da matéria nos vários textos constitucionais tornam inequívoco que as condições de capacidade constituem exceção ao princípio geral de liberdade do exercício do trabalho, ofício ou profissão.

Bem observa, a respeito, Sampaio Doria (Direito Constitucional, 1958, t. II, v. 1, p. 735-736):

Para que seja lícito ao indivíduo exercer atividades, das quais possam resultar danos graves e irreparáveis a outrem, é preciso, antes do mais, que sua capacidade técnica, na atividade que exerça, seja real, e não apenas presumida. E a realidade da competência profissional só pode ficar ao arbítrio do indivíduo, quando, com sua presunção, ou com seu desjeito, não prejudique os outros. Mas, se de sua imperícia podem decorrer danos mesmo a quem tenha discernimento comum, seja providente e providente, já não se compreende ser o indivíduo o único juiz de sua capacidade profissional, para exercê-la. Cumpre ao Estado intervir, com a verificação prévia da competência técnica, como quando não admite que ninguém conduza automóveis por vias públicas, sem estar habilitado, e o provar com a carteira autenticada que institua, de motorista.

(...)

O critério da intervenção oficial é este: se o exercício profissional pode causar danos irreparáveis sem culpa das vítimas, a lei pode, sem atentar contra a liberdade, exigir de quem se proponha exercer certa profissão, prova de capacidade técnica. Se, porém, os danos, por abuso do exercício profissional, forem reparáveis, e, mesmo, evitáveis pelos outros, com a só atenção ordinária, o único juiz de sua capacidade técnica para exercê-la, é o próprio profissional”.

...

Ao final de sua análise, concluiu o eminente Ministro quanto à necessidade de se tomar o mesmo cuidado e atenção para com as drogarias, sem qualquer distinção entre elas e as farmácias:

(...)

No caso presente, a lei que prevê a assistência do técnico nas drogarias visa a concordância prática entre a liberdade do exercício do comércio de medicamentos e o seu controle, em benefício dos que usam tais medicamentos. Dir-se-á que os remédios já vem controlados desde os laboratórios. Mas há casos em que a venda do medicamento precisa do controle técnico, como no caso em que contenha substância tóxica ou em que a dosagem constitua risco à saúde do comprador.

De tudo se conclui que não são inconstitucionais as expressões impugnadas, contidas nos artigos 15 e seu parágrafo 3º e 17, da Lei 5.991, de 17 de dezembro de 1973.

(...)

O célebre Ministro Néri da Silveira, enquanto presidente da sessão, de maneira percuciente, arrematou a questão preconizando que a necessidade de responsável técnico nas drogarias decorre da obrigatoriedade do controle das substâncias tóxicas: "Há substâncias que dependem de controle, por exemplo, as substâncias tóxicas, também vendidas em drogarias. Daí a necessidade do responsável técnico."

Percebe-se que a argumentação de não necessidade de farmacêutico para assumir a responsabilidade técnica de drogaria, uma vez que neste estabelecimento não ocorreria manipulação de fórmulas é frágil, sendo que o Egrégio TJSP, em alguns decisórios, já começou a reformular os limites da situação dos oficiais, citando-se, como exemplo, a Ap.

nº 184.194-5/6-00¹⁹, em nítida consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal delineado na reclamação de inconstitucionalidade retro analisada.

Na mencionada Apelação, a Fazenda Pública recorreu de decisão de 1º grau, que concedeu a segurança em favor do SINCAMESP – Sindicato do Comércio Atacadista de Drogas e Medicamentos no Estado de São Paulo, alegando ser necessária a presença do responsável técnico nas empresas distribuidoras de medicamentos, pedindo que fosse adotada para elas a medida já prevista para as drogarias no art. 15 da Lei nº 5.991/73.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, manifestou-se pelo provimento do recurso, tendo sido utilizado na fundamentação do Acórdão parte do parecer ministerial que, em síntese, indica que os medicamentos devem ser devidamente embalados, armazenados e, quando necessário, objeto de avaliação para efeito de verificar se eles estão em condições para serem consumidos, o que somente poderia ser realizado por profissionais com formação técnica específica.

Assim, a simples existência ou não da manipulação de fórmulas, como anteriormente mencionado, não descaracteriza a necessidade de responsável técnico habilitado e, por conseguinte, de farmacêuticos.

A discussão também é controversa no Superior Tribunal de Justiça, mas vozes abalizadas já tendem a dar a interpretação mais adequada aos dispositivos legais comentados, privilegiando o interesse público.

O ilustre Ministro João Otávio de Noronha, no julgamento do Recurso Especial nº 543.889²⁰, em 02 de outubro de 2003, em caso envolvendo a responsabilidade técnica de estabelecimento, salienta que a regra é o exercício da atividade farmacêutica por graduado em Farmácia e as exceções abertas no passado deveriam ser observadas estritamente, sem qualquer ampliação.

A ementa do Julgado foi editada nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. PROFISSIONAL DE NÍVEL MÉDIO. INSCRIÇÃO. RESPONSABILIDADE TÉCNICA. EXCEPCIONALIDADE. INTERESSE PÚBLICO.

19 TJSP. Ap. nº 184.194-5/6-00. Rel. Des. Gama Pellegrini. J. 29.01.2004

20 STJ. RE nº 543.889, Rel. p. Acórd. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 16.02.2004 p. 237 RNDJ vol. 53 p. 101

1. O licenciamento de farmácias ou drogarias sob a responsabilidade técnica de prático de farmácia, oficial de farmácia ou técnico em farmácia configura hipótese excepcional, vinculada a questões de interesse público (carência de estabelecimentos fornecedores de medicamentos na localidade, aliada à inexistência de farmacêutico habilitado à realização do mister).
2. Recurso especial a que se nega provimento.

A explanação do ilustre Ministro, reproduzindo a visão do Tribunal *a quo*, merece transcrição dada a clareza do raciocínio quanto à interpretação das exceções preconizadas na lei:

(...)

De qualquer modo, ao julgar o recurso de apelação da parte ora recorrente, ponderou o Tribunal de origem que “a regra é o exercício da atividade farmacêutica pelo profissional de nível superior. Exceções a essa regra foram abertas, no passado, em razão da escassez de profissionais com curso universitário e para não interromper abruptamente as atividades de farmacêuticos práticos e outros desprovidos de formação universitária, que bem ou mal vinham atendendo às necessidades do mercado. Como exceções, devem estar inequivocamente estabelecidas e merecer interpretação estrita.

O nível de conhecimento e atualização suficiente a autorizar a responsabilidade técnica de drogaria decorre da tutela da saúde pública da população, uma vez que é obrigatório o constante aprimoramento e contínua reciclagem frente às diversas leis, decretos e portarias emitidas pelos mais variados órgãos de cunho técnico.

Assevere-se que são necessários anos de estudo em nível superior para identificar substâncias, promover a estocagem regular, evitar danos e reações entre componentes, conhecer as reações adversas nos pacientes e todos os medicamentos reagentes, além das possibilidades de intoxicação medicamentosa, com a ingestão de mais de um componente entre tantas outras hipóteses.

Depreende-se, da análise do STJ, o direito do Técnico de Farmácia de nível médio inscrever-se nos quadros do Conselho Regional de Farmácia, todavia, tal fato não significa que o órgão sanitário deva aceitar e conceder a assunção de responsabilidade técnica ao mesmo, sem a presença dos requisitos exigidos pela legislação federal.

No Acórdão supracitado, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça²¹ enfatiza a necessidade de obediência à legislação federal para a concessão da responsabilidade técnica pela Vigilância Sanitária, entretanto, tal fato específico deveria se ater, por se tratar de regra excepcional, aos requisitos definidores do interesse público subjacente:

(...)

Ocorre que a pretensão deduzida no presente feito não se restringe à inscrição no Conselho Regional da categoria. Mais do que isso, aspira o impetrante assegurar a condição de responsável técnico de drogaria de sua propriedade, localizada em Resplendor (MG), cidade que, de acordo com as informações prestadas pela autoridade coatora, “é, incontestavelmente, bem suprida de farmácias e drogarias, conforme se comprova pelo relatório anexo à petição de reconsideração da liminar, que para todos os efeitos de Direito integra-se a estas informações” (fl. 271).

Sobre a questão da responsabilidade técnica, o art. 15, § 3º, da Lei n.º 5.991/73, regulamentado na forma do art. 28 do Decreto n. 74.170/74, é bastante elucidativo ao dispor que o licenciamento de farmácias ou drogarias sob a responsabilidade técnica de prático de farmácia, oficial de farmácia ou técnico em farmácia configura situação excepcional, vinculada a questões de interesse público.

(...)

Portanto, se por um lado é patente o direito do impetrante, ora recorrente, de obter sua inscrição no Conselho Regional de Farmácia, na condição de técnico, conforme bem esclareceu o Ministro Relator em seu voto, por outro, é certo que a pretensão consubstanciada na emissão do certificado de responsável técnico do estabelecimento estará condicionada à existência de interesse público a ser atendido, decorrente da carência de estabelecimentos fornecedores de medicamentos na localidade aliada à inexistência de farmacêutico habilitado à realização do mister.

Resta, então, verificar se o pleito formulado nos autos, no que diz respeito à responsabilidade técnica da drogaria, se subsume à regra exceptiva em comento.

(...)

21 Confirmando este posicionamento encontra-se ainda o Recurso Especial nº 638.614, Ministro João Otávio de Noronha, DJ 09.10.2006 p. 279

No mesmo sentido, encontra-se a Apelação Cível nº 46.669/97²², julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, tendo como relator o Desembargador João Mariosa, ressaltando a necessidade da execução fiel da Lei Federal nº 5.991/73 pelas drogarias, tendo a ementa do julgado sido publicada nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - AUSÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO DE GRAU SUPERIOR EM FARMÁCIA E LICENÇA SANITÁRIA - SETOR PROVIDO DE FARMÁCIAS - INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO - LEGALIDADE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1- A exigência legal de assistente técnico responsável previsto na Lei 5.991 alcança farmácias e drogarias.

2- Não há ilegalidade na atuação e interdição de drogaria em decorrência da inexistência de licença para funcionamento, bem como pela ausência de responsável técnico legalmente habilitado.

2.1 - A impetrada: Departamento de Fiscalização e Saúde exerce o poder de polícia sanitária. É o órgão que licencia estabelecimentos. Arts. 21 e 44 da Lei 5.991/73.

2.2 - A existência de um profissional habilitado para o exercício da responsabilidade técnica, durante o período de atendimento é requisito essencial para a licença de funcionamento de Farmácia em Drogaria. Arts. 15 e 23, c da Lei 5.991/73.

3 - Não comprovado o interesse público e a necessidade de farmácia, a responsabilidade técnica não poderá ser assumida pelo prático ou oficial de farmácia. Lei 5.991/73, art. 15, § 3º.

O voto do Desembargador confirma neste julgado o entendimento já esboçado pelo Ministro João Otávio de Noronha linhas atrás:

(...)

A Lei nº 5991/73, § 3º do art.15 prevê que em razão do interesse público, caracterizada a necessidade da existência de farmácia e drogaria, e na falta do farmacêutico, os estabelecimentos serão licenciados sob a responsabilidade de prático de farmácia, oficial de farmácia ou outro, igualmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia...

Ao exame dos autos, observa-se que a drogaria encontra-se sediada nesta Capital Federal, na QI-05, lote 04, Guará I. O apelante não comprovou o interesse público e a necessidade de farmácia, a excepcionar a regra, que

22 TJDF. Apelação Cível nº 46.669/97. Rel. Desembargador João Mariosa. Publicação no DJU: 29/04/1998 Pág. : 28

faculta o licenciamento sob a responsabilidade de auxiliar de farmácia, conforme pleiteado.

Ora, a lei prevê exceção, apenas, em razão do interesse público, quando há dificuldade de se contratar um farmacêutico para assumir a responsabilidade técnica.

Não vislumbro, no caso em exame, nenhum motivo a ensejar a exceção legal.

(...)

Mais adiante, na exposição do voto, o Desembargador reproduz o pronunciamento da Magistrada de 1ª instância, sublinhando a importância da responsabilidade técnica de drogarias ser entregue aos cuidados de farmacêuticos com graduação em nível superior, e não a oficiais de farmácia, visando a evitar a automedicação e a indicação de medicamentos por balconistas sem preparo, especialmente devido aos seguidos anos de estudo e pesquisas dispensados em estabelecimento de ensino de nível superior, que oferecerá ao consumidor um serviço seguro e de qualidade diferenciada, resguardando, com maior eficiência, a vida dos consumidores e, por conseguinte, a saúde pública:

...

Vê-se, pois, conforme já suficientemente observado, que o ato ora hostilizado funda-se na legislação pertinente, por conseguinte afigura-se inaceitável a tese da impetrante a que profissionais de nível médio respondam tecnicamente por drogarias e farmácias, porque consoante os argumentos expendidos não há respaldo legal para amparar o pleito, em nada lhe socorrendo também a invocação de ausência do “termo de ajuste” a ser entabulado com o Ministério Público Federal, porque nada impede a autoridade impetrada de interditar estabelecimento que estiver em desacordo com a lei em vigor, podendo-se afirmar, ainda, que depreende-se do diploma normativo que a finalidade legal foi livrar de perigo a população, uma vez que a impetrante pratica o comércio de medicamentos, segmento de alto risco, visando evitar também a automedicação e a indicação de medicamentos por balconistas sem preparo técnico, prestigiando o profissional farmacêutico que, devido aos seguidos anos de estudo e pesquisas dispensados em estabelecimento de ensino de nível superior, pode, sem sombra de dúvidas, oferecer ao consumidor um serviço seguro e de superior qualidade, velando pelo maior de todos os bens, que é a Vida.

No mesmo decisório, infere-se, novamente, que a distinção entre farmácia e drogaria perdeu alcance prático dentre inúmeros fatores, entre os quais o desenvolvimento extraordinário dos laboratórios, visto serem vendidos nas farmácias e drogarias produtos altamente tóxicos, medicamentos psicotrópicos que podem causar dependência física ou psíquica, entre outros efeitos colaterais.

Além disso, os demais produtos efetivamente vendidos, expostos à venda, prescritos, incorretamente armazenados, disponibilizados fora do prazo de validade ou, ainda, sem receita podem ocasionar consequências desastrosas à saúde da população, situação veementemente examinada no voto do Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira, referendando o posicionamento do já citado Desembargador João Mariosa:

(...)

Profissional de nível superior, o farmacêutico-bioquímico estuda com razoável profundidade ciências como a química, a bioquímica e a biologia, entre outras, desenvolvendo amplos conhecimentos sobre os reflexos das drogas no organismo humano. Trata-se, portanto, de profissional devidamente qualificado para o exercício indispensável do controle do comércio e do uso dos psicotrópicos e demais medicamentos, assegurando-se à saúde pública a proteção necessária, máxime em se tratando de uma sociedade com um sistema de saúde pública reconhecidamente deficiente e inclinada à práticas perniciosas como a do automedicamento e a do uso de medicamentos prescritos por atendentes e auxiliares de farmácias e drogarias.

(...)

O conceituado Procurador da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, na época, emitiu parecer sobre a importância do responsável técnico farmacêutico, reproduzido no Acórdão acima comentado, asseverando que a venda de substância que causa dependência física ou psíquica somente é autorizada pela legislação federal ao farmacêutico, após a devida licença sanitária:

Ora, a exigência legal de assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, constitui condição de capacidade para o funcionamento de farmácia e drogaria, com o objetivo de resguardar a saúde pública.

A legislação específica sempre incluiu no âmbito da atividade profissional do farmacêutico o comércio de drogas, medicamentos e outras especialidades farmacêuticas.

O art. 6º do Decreto nº 19.606, de 1931, atribuía a esses profissionais não apenas o comércio de medicamentos magistrais e oficinas, como também o de produtos químicos, galênicos, biológicos etc., e das plantas medicinais de aplicações terapêuticas. O art. 2º, letras a, b, c, do Decreto nº 20.377, de 1931, dispôs no mesmo sentido.

A Lei nº 5.991, de 1973, no art. 5º, torna privativo das empresas e dos estabelecimentos definidos no mesmo diploma o comércio de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos e, no art. 15, impõe a assistência de técnico responsável para o funcionamento de farmácia e drogaria.

Essa atividade, com efeito, exige técnicos especiais em várias áreas, como, por exemplo, sobre a guarda e conservação dos produtos, com o objetivo de preservar suas propriedades essenciais, sobre preparação, composição, propriedades e indicação das várias especialidades farmacêuticas, para a orientação do consumidor a respeito do seu uso adequado, especialmente em relação àquelas cuja dispensação independe de prescrição médica, odontológica, etc.

A mesma Lei nº 5.991, de 1973, atribui responsabilidade técnica a esse profissional pelos atos praticados durante o período em que prestou assistência técnica ao estabelecimento, responsabilidade que subsiste mesmo após cessado o vínculo com a empresa (art. 16, 0 1º e 2º).

O técnico responsável está sujeito a sanções específicas em caso de inobservância de normas proibitivas estabelecidas no Código de Ética da Profissão Farmacêutica, entre as quais se incluem a de fornecer ou permitir o fornecimento de produtos, medicamentos ou drogas para serem utilizadas inadequadamente, ou de produtos sob controle especial, sem observância das normas legais ou regulamentares, ou, ainda, a de alterar, substituir, ou permitir a alteração de prescrições médicas, salvo motivo de força maior (Resolução nº 130, de 07/02/77, do Conselho Federal de Farmácia).

No que se refere às substâncias que determinam dependência física ou psíquica (entorpecente e psicotrópicos), a licença da autoridade sanitária competente para a compra e a venda (l.c.i n. 6. 368/76, art. 2º, § 3º) depende de prova de habilitação legal do farmacêutico responsável (art. 6º, I e m, da Portaria n. 38/86, do Ministro da Saúde).

É inegável, portanto, que a exigência de técnico responsável para o funcionamento de drogarias, constitui condição voltada inteiramente para a defesa da saúde pública.

Vislumbra-se, nesta exposição, que há entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais que, em certas oportunidades, apesar das opiniões em contrário, privilegiaram o interesse público quando em contraposição ao individual no tocante aos pretensos direitos do oficial de farmácia.

Não se trata, portanto, de restrição ao exercício profissional, mas sim de obediência às qualificações técnicas exigidas pela lei para o exercício da atividade.

Um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo iniciou os primeiros passos no sentido de sabatinar a corrente de que não assiste direito ao Oficial de Farmácia em pretender assumir a responsabilidade técnica de seu estabelecimento nos dias atuais, rechaçando tal prática de forma veemente na ementa da Apelação Cível nº 230.351.5/2²³:

OFICIAL DE FARMÁCIA – Responsabilidade técnica por drogaria – Inadmissibilidade – Precedentes jurisprudenciais – Súmula 275 do STJ, que revogou expressamente a Súmula 120 do mesmo Tribunal – Mandado de segurança – Liminar deferida – Ordem denegada, cassada a liminar – Decisão mantida – Recurso não provido.

No Acórdão, por votação unânime, os desembargadores entenderam pela inaplicabilidade da Súmula 120 do Superior Tribunal de Justiça, após a edição da Súmula 275 da mesma Corte:

“(…)

O apelante não pode ser responsável por sua drogaria porque, a par de ele estar inscrito no respectivo Conselho (fl. 82), a Súmula 275 do STJ revogou expressamente os ditâmes da Súmula 120 do mesmo Tribunal, que o permitia.

Todavia, a partir de agora, com a edição da Súmula 275 do STJ (que revogou a Súmula 120 do mesmo Tribunal), nem mesmo o “oficial de farmácia” devidamente inscrito no Conselho pode ser o responsável

23 TJSP Ap nº 230.351.5/2, Des. Rel. Aldemar Silva, 25.03.2004.

por sua drogaria, cargo a ser ocupado exclusivamente por farmacêutico formado.

Ante o exposto, negam provimento ao recurso.

(...)"

No sentido acima disposto, encontram-se outros pronunciamentos jurisdicionais mesmo antes da edição da Súmula 275 do Superior Tribunal de Justiça:

ESTABELECIMENTO COMERCIAL - Drogaria - Licença de funcionamento - Necessidade de responsabilidade técnica de farmacêutico - Distinção entre as atividades de farmácia e de drogaria - Irrelevância - Exceção legal não verificada - Proprietário, que é só oficial de farmácia - Inexistência de direito subjetivo à licença - Segurança cassada - Interpretação do artigo 15 da Lei n. 5.991/73 O proprietário, que seja apenas prático, ou oficial de farmácia, não tem direito subjetivo a obtenção de licença para funcionamento de drogaria, sob sua responsabilidade técnica, fora da hipótese excepcional prevista no artigo 15, § 3º, da Lei n. 5.991/73, ainda que, no estabelecimento, não se pratiquem atividades típicas de farmácia.²⁴

ESTABELECIMENTO COMERCIAL - Drogaria - Responsabilidade técnica - Oficial de farmácia - Inadmissibilidade - Necessidade tanto de farmácia como drogaria serem assistidas por técnicos responsáveis inscritos no Conselho Regional de Farmácias - Lei 5.991/73 - Exigência que poderia ser abrandada em razão de presumida necessidade do local, a qual seria aquilatada pela discricionariedade do órgão competente - Ordem denegada - Recurso não provido.²⁵

MANDADO DE SEGURANÇA - Oficial de farmácia - Pretensão em figurar como responsável técnico de drogaria - Interpretação do termo técnico responsável, a ser dada pela Lei 5.991/73, artigo 15 - Inexistência de diferença entre farmácia e drogaria - Inocorrência de produção de prova negativa, onde se constataria a não manipulação de medicamentos - Recurso não provido. A expressão utilizada na lei, técnico responsável, não tem abrangência larga defendida pelo apelante; refere-se, por certo, a farmacêutico. Irrelevante a ausência de manipulação de medicamentos

24 TJSP. Apelação Cível n. 199.815-1 Relator: Cezar Peluso - - Tupã - 08.02.94.

25 TJSP. Apelação Cível 179.747-1 Relator: Evaristo dos Santos -- São Paulo - 02.12.92.

no local, bastando saber que ali são comercializadas drogas de diversas origens, devendo ser assegurada a saúde pública.²⁶

Assevere-se que os argumentos técnicos das Vigilâncias Sanitárias para negarem a assunção de responsabilidade aos não-farmacêuticos, que, por sua vez, auxiliam diretamente os magistrados na apreciação dos casos concretos a eles submetidos, baseiam-se na previsão legal existente e nos requisitos próprios da concessão da licença sanitária, tendo encontrado tais fundamentos ressonância em diversos julgados, demonstrando, com isso, a salutar atuação dos órgãos sanitários.

Nesses casos, as liminares ou antecipações de tutela, em cognição sumária, e as decisões de mérito, em cognição exauriente, ao concederem aos Práticos, Técnicos e Oficiais de Farmácia o direito de responderem por estabelecimentos fora das hipóteses legais são atos de exclusiva responsabilidade do Poder Judiciário, uma vez que não detém o aval da fiscalização sanitária, sendo certo que a Administração Pública deve ater-se ao princípio da legalidade estrita sem ampliações.

6. Conclusão

O raciocínio jurídico mais adequado à preservação do interesse público tende a aplicar a Lei nº 5.991/73, em seus estritos termos, sem ampliações ou atenuações, dada a natureza da matéria envolvida, qual seja a saúde pública da população.

Na seara do direito público e, principalmente, da tutela da coletividade, a Constituição Federal é generosa, protegendo os cidadãos em inúmeros dispositivos, sendo incoerente que vingue uma interpretação extensiva de direitos individuais em contraposição ao interesse geral.

Os profissionais Práticos, Técnicos e Oficiais de Farmácia não podem exercer a função de Farmacêutico, pois esta pressupõe a conclusão de curso de 3º grau, reconhecido pelo MEC, numa faculdade, e não o de técnico ou equivalente.

Além disso, as exceções à regra da assunção de responsabilidade técnica de estabelecimento farmacêutico pelo Farmacêutico não podem

26 TJSP. Apelação Cível n. 193.728-1 Relator: Silveira Nett - São Paulo - 06.08.93.

ser elastecidas, a ponto de transformar o que era exceção em regra, desvirtuando totalmente a hermenêutica jurídica e afrontando a finalidade da norma aferida através de uma interpretação teleológica.

A análise dessa questão nos Tribunais está longe de ser pacificada, existindo decisões em diversos sentidos, entretanto, algumas demonstram uma enorme evolução interpretativa com a proposta de admitir os Práticos, Técnicos e Oficiais de Farmácia apenas nas hipóteses expressamente inscritas na lei para responder pelos estabelecimentos farmacêuticos (farmácias e drogarias).

Apesar disso, nos últimos anos, ocorreu uma proliferação de decisões liberatórias, o que pode influenciar a postura dos órgãos de fiscalização ao interpretar a norma em vigor, visto que, em muitos casos, há concessão de ordens judiciais com a estipulação de multas e outras apenações ao ente público para se abster de exigir o diploma de farmacêutico aos responsáveis técnicos de estabelecimentos farmacêuticos (farmácias e drogarias).

O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais dos demais estados da Federação têm se posicionado quanto à inexistência de diferenciações significativas entre farmácias e drogarias, a ponto de justificar um benefício *extra legem* em relação às últimas, tendentes a autorizar que profissionais farmacêuticos somente fossem exigidos nas primeiras.

Conclui-se, portanto, que a atuação das Vigilâncias Sanitárias das diversas esferas de Governo (federal, estadual e municipal), ao não autorizar a assunção de responsabilidade Técnica de Práticos, Oficiais e Técnicos de Farmácia para qualquer estabelecimento farmacêutico, salvo nas hipóteses excepcionadas pela norma, encontra-se amparada na legislação federal vigente, depositando-se, portanto, no Poder Judiciário os anseios de que assegure, por intermédio de suas decisões, o integral cumprimento da lei, salvaguardando o interesse coletivo e, consequentemente, abolindo a criação de benesses *contra legem*.

Referência Bibliográfica

JESUS, P. R. C. de. **A Automedicação no Brasil**: um sintoma a ser analisado. Acesso em: 22.03.2007. Disponível em: <http://sites.unisanta.br/faac/espaco/automedica%C3%A7ao.html>

MELLO, C.A.B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. 18ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense 1997.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2000.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.





PLANOS DE SAÚDE: NEGATIVA DE COBERTURA POR DIVERGÊNCIA TÉCNICA E QUEBRA DO DEVER DE CONFIANÇA



Fernanda Schaefer

Fernanda Schaefer – advogada em Curitiba-PR. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-PR. Mestre em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil e Biodireito no UniCuritiba e na Faculdade Estácio de Curitiba. Autora de diversos livros e artigos sobre Direito Médico e Biodireito.

Membro da Comissão de Educação Jurídica e da Comissão de Direito da Saúde da OAB-PR. Contato: ferschaefer@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Negativa de cobertura por divergência técnica. 3. Aplicabilidade do CDC aos contratos de planos de saúde.

4. Do inadimplemento contratual. 5. Do Código de Ética Médica. 6. Dos Danos Extrapatrimoniais. 7. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) o Brasil possui aproximadamente 49.032.912 de usuários de planos de saúde nas mais diferentes modalidades. Em 2013º país contava com 1487 operadoras em atividade cuja receita no ano de foi de R\$ 95.417.154.772. Neste sistema, aproximadamente 30 milhões de usuários jovens e adultos sustentam 18,7 milhões de crianças e idosos. Além disso, quase 30 milhões de usuários fazem parte de planos coletivos, planos que estranhamente não se subordinam a alguns limites e controles realizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Quanto aos planos controlados e fiscalizados pela ANS, em 2013 foram registradas 74.061 reclamações sobre coberturas contratuais; 20.310 reclamações sobre contratos ou regulamentos; 7.052 reclamações sobre mensalidades e reajustes e 809 reclamações diversas. O total de 102.232 reclamações representa uma aumento de 31% comparado ao ano anterior.

O que se nota pela análise dos dados da ANS é que embora o sistema venha crescendo ano após ano (2,4% entre 2012 e 2013), tem se tornado comum a negativa de cobertura de procedimentos médicos por alegada divergência técnica. A situação se agravou de tal forma que obrigou (ainda que bem tardiamente) a ANS a editar a Resolução Normativa n. 319/13 (vigente desde 07/05/13) que determina que as operadoras entreguem a negativa por escrito em linguagem acessível e direta em até 48h sob pena das seguintes multas: se a operadora deixar de informar por escrito os motivos da negativa de cobertura previstos em lei, sempre que solicitado pelo beneficiário: R\$ 30.000,00; sendo caso de urgência ou emergência R\$ 100.000,00, soluções que, por óbvio não resolvem o problema e, tampouco têm sido capazes de inibir a perpetuação das práticas abusivas realizadas pelas operadoras de planos de saúde.

O presente artigo tem por objetivo discutir as abusividades resultantes da negativa de cobertura por divergência técnica e seus perversos efeitos ao consumidor-usuário do plano de saúde, demonstrando-se não só a ampla e necessária aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, como também, as questões médico-éticas decorrentes dessa prática.

2. Negativa de cobertura por divergência técnica

Conforme já ressaltado, não se pretende questionar aqui, a negativa de cobertura por ausência de cobertura contratual; mas sim um fenômeno mais complexo que decorre da negativa de cobertura por divergência técnica que ocorre quando a operadora submete a requisição do facultativo a parecer de um médico auditor seu e este, mesmo sem conhecer o histórico clínico do paciente ou sem examiná-lo pessoalmente, afirma não ser o procedimento solicitado pelo médico conveniado adequado ao caso ou necessário, prática sem dúvida abusiva sob diversos aspectos:

- 1) A primeira abusividade já aparece justamente na submissão de parecer a um médico que não acompanha o paciente e que, em boa parte dos casos, infringindo o Código de Ética Médica (art. 92), sequer examina o paciente usuário, extrapolando as funções de auditor.
- 2) No entanto, tentando evitar a anulação da negativa por ser unilateral, a operadora nomeia (também unilateralmente) um terceiro médico que deve apresentar novo parecer (prática permitida pela Resolução n. 8/1998, CONSU, desde que haja consenso na nomeação entre o médico requerente e o auditor). Note-se, não é abusiva a nomeação de um terceiro médico; o que é ilegal é este mesmo profissional emitir parecer médico sem contato pessoal com o paciente e quiçá com os documentos do prontuário médico, limitando-se, muitas vezes, a repetir o que o médico auditor já disse, mas não justificou (a ausência de justificativa técnica configura mais uma abusividade).

- 3) A terceira abusividade se configura pela ausência de justificativas e documentos formais de todo esse procedimento, pelo qual, normalmente, o usuário deve esperar longos períodos (o que lhe traz agravamento nas suas condições gerais de saúde). Os documentos são extremamente informais (chegando algumas operadoras a apresentar troca de e-mails entre funcionário e médico auditor como sendo um parecer!).
- 4) A quarta prática abusiva decorre do reconhecimento de que os médicos conveniados não possuem autonomia para indicar tratamentos, evidenciando a falta de transparência de todo o sistema e, pior, a falta de respeito ao próprio usuário.
- 5) A quinta prática abusiva é a ausência de laudos circunstanciados por parte das operadoras. Ou seja, a operadora se limita a informar a negativa de cobertura por divergência técnica não se preocupando em dar outras explicações ao consumidor, apresentar parecer sem elencar os documentos analisados, sem identificar o médico auditor (sua especialidade, CRM, etc.) e sem identificar(eventualmente) aquele que emitiu a terceira opinião.

Pode-se, então, de antemão afirmar que a negativa de cobertura por divergência técnica não é exercício regular de um direito vez que atende única e exclusivamente motivações econômicas da operadora e, por isso, deve ser prática combatida, até mesmo porque acaba onerando ainda mais o sistema vez que inevitavelmente resultarão em condenação das operadoras por danos materiais e morais, conforme se nota das decisões adiante.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVA DE COBERTURA DE PLANO DE SAÚDE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PRETENSÃO ENCONTRA AMPARO NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. DANO 'IN RE IPSA'. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. AGRAVO DESPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas BôasCueva, Nancy Andrighi e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro

Relator. (AgRg no REsp 1286839/SP – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – Terceira Turma – Dje 22/02/2013)

Direito Civil. Recurso especial. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa indevida. Dano moral. Cabimento. - É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido. (REsp 1054856/RJ – Min. Rel. Nancy Andrighi – Terceira Turma – Dje 18/11/2009).

RECURSO ESPECIAL. PLANOS DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA. FINALIDADE TERAPÊUTICA. NECESSIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DA VIDA DO PACIENTE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DA COBERTURA SECURITÁRIA. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO.

1. A gastroplastia, indicada para o tratamento da obesidade mórbida, bem como de outras doenças dela derivadas, constitui cirurgia essencial à preservação da vida e da saúde do paciente segurado, não se confundindo com simples tratamento para emagrecimento. 2. Abusividade da negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica necessária à garantia da própria sobrevivência do segurado. 3. Interpretação das cláusulas dos contratos de adesão da forma mais favorável ao consumidor. 4. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. 5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. (REsp 1249701/SC – Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino – Terceira Turma – Dje 10/12/2012).

Portanto, não se trata de mero inconformismo do consumidor com a negativa de cobertura, mas sim de verificação de que a conduta da operadora configura verdadeiro abuso de direito (art. 187, CC) que fere vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

- a) **O reconhecimento e respeito à vulnerabilidade do consumidor, nos termos do artigo 4º, I, CDC:** é evidente a vulnerabilidade técnica do usuário, e bem como, sua hipervulnerabilidade pela dependência.

- b) **O direito básico à vida, previsto no artigo 6º, inciso I, CDC,** vez que a negativa por divergência técnica pode colocar em risco a vida do usuário ou tirar-lhe a chance de cura ou recuperação da saúde.
- c) **O direito básico à informação, previsto no artigo 6º, III, CDC,** vez que via de regra as negativas são generalistas, não explicando ou apresentando o motivo.
- d) **O disposto no artigo 47 do CDC, que determina que o contrato deverá sempre ser interpretado de maneira mais favorável ao consumidor:** ora, se o contrato não veda expressamente a cobertura do procedimento, qual seria a justificativa para a negativa de cobertura do tratamento?
- e) **A possibilidade de negativa de cobertura sem justo motivo é autorização contratual nula:** ainda que do contrato firmado entre as partes existisse cláusula expressa no sentido de excluir de cobertura o procedimento solicitado pela autora, o que se afirma apenas por apreço à argumentação, é de se dizer que tal cláusula seria absolutamente nula, conforme o art. 51, XV, CDC, já que em desacordo com todo o sistema de proteção do consumidor, por constituir vantagem exagerada, uma vez que restringe direito fundamental do usuário ameaçando não só o equilíbrio contratual, como a própria vida e saúde do consumidor (art. 51, §1º, II, CDC).

Mas, se não bastasse a negativa injusta e imotivada, esforçam-se as Operadoras em apresentar argumentos para afastar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos seus contratos. Argumentos que se perdem na infinidade de decisões e de normas que determinam a aplicação ampla e irrestrita do CDC a essas relações contratuais.

3. Aplicabilidade do CDC aos contratos de planos de saúde

Não há dúvidas de que as relações entre plano de saúde e usuário são relações jurídicas contratuais que geram vínculos de consumo. A

prestação de serviços dos planos de saúde é tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor que já em seus primeiros artigos determina:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. [...]

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Nota-se, então, que o usuário é perfeitamente enquadrado no conceito de consumidor, pois utiliza os serviços prestados pelo plano de saúde como destinatário final (destinatário fático e econômico). O plano de saúde é sem dúvida fornecedor, uma vez que desenvolve atividade de prestação de serviços que é oferecida à sociedade em geral. Inafastável, portanto, a tutela da legislação consumerista. Assim vêm decidindo os tribunais, assim está consignado na Lei n. 9.656/98 e assim consta na Súmula n. 469, STJ (“aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”).

Ora, a relação de consumo é formada entre fornecedor e consumidor (polos de interesse) tendo como objeto de interesse um produto ou um serviço, segundo os critérios expressamente definidos pela legislação. Assim, a relação entre operadora de plano de saúde e usuário é uma relação jurídica que se destina à satisfação de uma necessidade privada do consumidor, qual seja, **manutenção ou recuperação de sua saúde**. Nessa relação, o consumidor que não dispõe por si só de controle sobre a produção e a prestação de serviços arrisca-se a se submeter ao poder e condições dos fornecedores e é justamente aí que se verificam as práticas abusivas como a ora estudada.

Sabe-se que a assistência privada à saúde compreende a prevenção, a recuperação, a manutenção e a reabilitação da saúde do usuário. A existência da Lei n. 9.656/98, não afasta a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, conforme destacado no próprio art. 35-G que determina a aplicação complementar do CDC à Lei n. 9656/98 uma vez

que cada uma dessas leis trata de aspectos particulares desta relação de consumo. Nesse sentido, destacam Cristiano Heineck SCHMITT e Cláudia Lima MARQUES (2008, p.142) *“a aplicação da Lei 9.656/98 a um contrato é um privilégio para os fornecedores de ‘planos’, mas não é um verdadeiro limite à aplicação do CDC a este contrato. A hierarquia constitucional do CDC demonstra sua importância [...], pois não há como afastar a aplicação cumulativa e principiológica do CDC (e o recurso ao Judiciário pelo sistema de defesa do consumidor)”*.

Destaca ainda Cláudia Lima Marques (1999, p. 68) que os contratos de planos de saúde são contratos para o futuro, mas também, seguradores do presente, em que o consumidor deposita sua confiança na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, deposita sua confiança na previsibilidade da cobertura real desses eventos futuros relacionados à saúde. Ao negar a cobertura de qualquer tratamento apenas por divergência técnica, estando este tratamento coberto pelo contrato, os planos de saúde quebram a legítima expectativa depositada pelo usuário nos serviços contratados, quebram com o dever de informação e principalmente, esfacelam o princípio da boa-fé, o que por si só já caracteriza a quebra positiva do contrato.

Os contratos de planos de saúde sem dúvida são contratos cativos e marcados pela essencialidade do serviço. Esse prolongamento do contrato no tempo, via de regra, resulta em dependência do consumidor e consequente aumento de sua vulnerabilidade em face do plano contratado. Afirma Andreza Cristina Baggio (2012, p. 71) que “como muitos contratos de longa duração são contratos aleatórios, cuja prestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, esta incerteza pode resultar na dependência contratual do consumidor: uma vez que pode precisar do objeto da contratação em um momento futuro, o consumidor mantém-se preso ao contrato” e confiante de que quando o momento futuro se apresentar, o serviço será disponibilizado.

Pois bem, não é o que ocorre quando o consumidor ao precisar de um tratamento coberto por seu plano de saúde, tem o procedimento negado por uma justificativa genérica: “divergência técnica”. Há evidente quebra da legítima expectativa do consumidor, que diante deste contrato, pode-se afirmar, teve sua vulnerabilidade agravada por sua longa duração (trata-se de hipervulnerabilidade pela dependência, pois mudar de plano de saúde, após anos de utilização da rede conveniada, não

é uma opção ao consumidor que já confia nos médicos credenciados pelo plano).

Tratando-se, portanto, de relação de consumo, em que a regra é a responsabilização objetiva do fornecedor (art. 14, CDC), existindo um dano e o respectivo nexo de causalidade, dispensável será a prova de culpa pela negativa injustificada de cobertura de tratamento “por divergência técnica”. Também decorrente do reconhecimento de ser esta uma relação de consumo, inevitável a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII, CDC, ou seja, resta ao plano de saúde provar exclusivamente que o tratamento não é coberto pelo contrato, restando equivocada e, porque não dizer de má-fé, qualquer tentativa de demonstrar que embora coberto seus médicos auditores (que não têm contato pessoal com o usuário) acreditam ser o procedimento desnecessário.

4. Do inadimplemento contratual

Analisando-se o contrato deve-se verificar se nas condições gerais do contrato de plano de saúde não há restrição de cobertura contratual para o tratamento médico requerido pelo usuário. Não havendo exclusão ou restrição não pode a operadora do plano de saúde negar o tratamento, vez que o médico conveniado ou cooperado deve ter ampla autonomia para indicar ao seu paciente o tratamento que considera mais adequado ao caso.

No entanto, as operadoras têm revelado em suas próprias correspondências descaso total com os usuários, fazendo entender que médicos credenciados não tem qualquer liberdade de indicar tratamento, já que esses podem ser revistos de ofício (e sem exame clínico) por médicos pagos diretamente pela Unimed para realizar Auditorias, auditorias que conforme determinado pelo CFM deveriam se limitar à análise de cobertura do procedimento e não se o tratamento é indicado ou não, pois esse tipo de análise só quem pode fazer é o médico que acompanha o paciente. A negativa de cobertura por divergência técnica é prática que fere não só o Código de Ética Médica, mas afronta diretamente princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor.

É evidente que o plano de saúde não pode negar tratamento por mera liberalidade, quando este tratamento está devidamente abrangido pela cobertura contratada pelo usuário. Indicar o tratamento adequado ao paciente é função do médico que o acompanha e não de médicos auditores que sequer têm contato com o usuário ou com seu histórico clínico e familiar. Não pode o paciente consumidor ser impedido de receber o tratamento indicado por seu médico pessoal como sendo o mais adequado ao seu caso em razão de “divergência técnica”. Nesse sentido, firmou-se o **Enunciado n. 24** da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ: “cabe ao médico assistente, a prescrição terapêutica a ser adotada. Havendo divergência entre o plano de saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento médico, odontológico e/ou cirúrgico, é garantida a definição do impasse através de junta constituída pelo profissional solicitante ou nomeado pelo consumidor, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais, cuja remuneração ficará a cargo da operadora”.

Ao negar cobertura a procedimentos indicados por médicos credenciados ao seu sistema de prestação de serviços, a operadora do plano de saúde deliberadamente transfere ao consumidor os riscos pelo seu negócio, o que, de fato, não se pode aceitar. É de se dizer que fere inequivocamente o princípio a boa-fé e da proibição do ‘venire contra factum proprium’ a negativa de cobertura de procedimento contratualmente não restrito, e avalizado por sua rede de médicos credenciados. A negativa por divergência técnica, ressalte-se mais uma vez, caracteriza prática abusiva que coloca em risco a vida e a saúde do usuário.

A negativa injustificada de cobertura fere princípios constitucionais da solidariedade, da proteção à vida e dignidade da pessoa humana, uma vez que coloca em risco a saúde do usuário e a possibilidade do restabelecimento desta. A situação de risco que imposta injustamente pela operadora pode agravar a condição física e psíquica do consumidor-paciente.

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Essa formulação principiológica da dignidade da pessoa humana, embora não lhe determine um conceito fixo, atribui-lhe a máxima relevância jurídica cuja pretensão é a de ter plena normatividade, uma vez que colocado, pelo Constituinte brasileiro, em um patamar axiológico-normativo superior e, por isso, a importância do estudo

desse princípio como valor-fonte, sendo inclusive aplicável a todas as relações contratuais.

Ensina Ingo Wolfgang SARLET (2001, p. 111-112) que a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui uma norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade.

Assim, a dignidade da pessoa humana ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como uma norma que engloba noções valorativas e principiológicas, tornando-se preceito de observação obrigatória. Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por Flademir Jerônimo Belinati MARTINS (2003, p. 78) afirma que a positivação do princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seus fins: que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

Percebe-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana deixou de ser uma mera manifestação conceitual do Direito Natural, para se converter em um princípio autônomo intimamente conectado à realização e concretização dos direitos. Portanto, viola esse princípio a negativa de cobertura por divergência técnica.

Assim, evidencia-se que o usuário tem o direito à vida e à saúde, não encontrando-se os planos de saúde legitimados a negar tal direito aos seus usuários meramente por divergência técnica, quando o procedimento recebe cobertura do contrato, é indicado por médicos credenciados à lista vinculativa da operadora. Nesse sentido, já decidiu o STJ:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. NEGATIVA DE COBERTURA. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS À LUZ DO CDC. ART. 49.1. A gastroplastia indicada para o tratamento da obesidade mórbida mostra-se fundamental à sobrevida do segurado, inclusive

com a diminuição das complicações e doenças dela decorrentes, não se tratando de procedimento estético ou simplesmente emagrecedor. 2. No caso dos autos, afigura-se ilegítima a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (por unanimidade). (AgRg no Ag 1298876/SE – Min. Rel. Maria Isabel Gallotti – Quarta Turma – Dje 16/10/12)

PLANOS DE SAÚDE. GASTROPLASTIA. CIRURGIA INDICADA PARA TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA. NECESSIDADE À SOBREVIDA DA PACIENTE. COBERTURA. 1. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção. 2. A gastroplastia, indicada como tratamento para obesidade mórbida, longe de ser um procedimento estético ou mero tratamento emagrecedor, revela-se como cirurgia essencial à sobrevivência do segurado, vocacionada, ademais, ao tratamento das outras tantas co-morbidades que acompanham a obesidade em grau severo. Nessa hipótese, mostra-se ilegítima a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica. 3. Recurso especial a que se nega provimento (por unanimidade). (REsp1175616/MP – Min. Rel. LuisFellipe Salomão – Quarta Turma – Dje 04/03/2011).

A negativa com base em pareceres de médicos inominados, que não mantém contato com o paciente ou com seu histórico clínico e embasada em divergência técnica não esclarecida é abusiva e coloca em risco saúde e integridade física e psíquica da paciente, afrontando diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizando-se, por isso, mais do que mero inadimplemento contratual, mas, também abuso de direito.

a. Da quebra da boa-fé e da confiança contratual

A saúde ainda que protegida constitucionalmente, deve ser considerada cláusula geral que reconhece e garante os direitos do homem. Dessa forma, o direito à saúde, por estar intrinsecamente ligado ao direito à vida, não deve ser considerado apenas como uma criação jurídica. Acima de tudo, é uma necessidade ética, uma vez que é impossível, eticamente, fundamentar a negação à vida. Daí se afirmar que o ser humano constitui uma realidade objetiva, que, por sua vez, fundamenta uma ordem de exigências próprias como a própria necessidade de saúde.

de. Portanto, negar o direito à saúde é forma de negar a própria vida e, por isso, a negativa de cobertura ao tratamento médico por divergência técnica é abusiva e ilegal e denota a intenção de fazer prevalecer interesses econômicos sobre a proteção da própria pessoa.

Ressalte-se que a saúde é elemento que compõe o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, considerado integrante do mínimo existencial¹, pois, sem saúde não é possível se falar em manutenção da vida digna. O que também leva à consideração da existência de um mínimo digno que abrange as condições necessárias para que um indivíduo possua efetiva autonomia interior, ou seja, o reconhecimento de condições psíquicas e corporais que permitam a uma pessoa manter-se apta para aproveitar as oportunidades oferecidas pela sociedade. A negativa de cobertura sem justo motivo caracteriza, sem dúvida afronta à dignidade da pessoa humana e, quando fundada em divergência técnica representa absoluta desconsideração à boa-fé e confiança contratual.

As ações médicas são voltadas para a promoção do bem-estar. Como poderiam médicos credenciados pela própria operadora atuar contra essa premissa maior? As operadoras de planos de saúde dão a entender que médicos credenciados, avalizados por si, estariam indicando procedimentos cirúrgicos aos seus pacientes sem necessidade e que, por isso, seus auditores estariam corretos em negar o procedimento. Inominável tamanho absurdo.

De fato, a relação contratual de consumo entre usuário e plano de saúde exige não apenas o direito à veracidade, mas a possibilidade de exercer objetivamente o direito à informação. Portanto, a mensagem falsamente contida nas cartas encaminhadas pelas operadoras que afirmam que “tendo em vista o trâmite realizado pela operadora visa proteger a saúde bem como evitar a prestação de serviços desnecessários, experimentais, etc., e que de acordo com a documentação apresentada não há indicação para o procedimento proposto pelo médico assistente” fere não apenas o

1 O ordenamento jurídico brasileiro visa à realização do princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, o mínimo existencial deve ser considerado como um complexo de interesses intimamente ligados à preservação da vida, à fruição da liberdade e à dignidade da pessoa humana. “Poderia ser demasiadamente prosaico asseverar que o Direito tem muito a dizer sobre a felicidade individual e o bem-estar coletivo. Não o é. E a aspiração à felicidade também tem muito a informar ao Direito, como, por exemplo, reclamando mecanismos que garantam um mínimo possível da vida digna.” (Luiz Edson FACHIN, 2006, p. 243)

dever de veracidade, como afronta o direito à informação, uma vez que funda a justificativa em falsos motivos ou motivos inexistentes, já que nenhum dos auditores chega a examinar pessoalmente o paciente ou com ele tem contato, ou analisa seu histórico clínico e/ou familiar.

A privação da informação ao usuário (seja por omissões, insuficiência de informações ou dados truncados) retira-lhe a capacidade reflexiva sobre a sua própria condição; subtrai-lhe o poder de autodeterminação, deixando-lhe ainda mais vulnerável a manipulações e à própria doença de que é portador; diminui-lhe, significativamente, a capacidade de discernimento e julgamento, inserindo-lhe num círculo de apatia e conformismo que lhe deixa ainda mais à mercê das decisões do próprio plano de saúde, o que contraria todo o sistema de defesa do consumidor e a própria Constituição Federal.

A inexistência de veracidade e informação clara, precisa e objetiva quebra a confiança e a boa-fé, princípios inerentes e inafastáveis da relação contratual entre operadora e usuário de plano de saúde. A relação usuário e plano de saúde exige para a consecução de seus fins o respeito à dignidade da pessoa humana, respeito que não há quando se nega uma cobertura contratualmente prevista com a justificativa genérica de “divergência técnica”.

A fidelidade exige portanto, um agir de maneira transparente, transparência que decorre do princípio da boa-fé e que está intimamente vinculada à lealdade contratual, lealdade que não se verifica quando da negativa de cobertura por divergência técnica.

A transparência *“é clareza qualitativa e quantitativa da informação que incumbe às partes conceder reciprocamente, na relação jurídica”* (Roberto Senise LISBOA, 2006, p. 117), garantindo-se, dessa forma uma aproximação honesta entre plano de saúde e usuário (cooperação mútua). A informação objetiva imposta pelo dever de transparência refere-se à realidade do serviço que se presta, exigindo, dessa forma, que qualquer negativa de cobertura deve ser justificada, o que não é o caso da negativa de cobertura por divergência técnica. Nesse sentido, Alcides Tomasetti Junior (1992, p. 53) ensina que a transparência “um resultado prático, que a lei substancialmente persegue mediante o que se pode denominar princípio (e correspondentes deveres legais) de informação”.

Assim, agir lealmente e de forma transparente impõe, necessariamente, relação que tenha por pilar a confiança recíproca. Dessa forma, intimamente ligada à ideia de transparência está a de confiança que nasce da necessidade de se tutelar as legítimas expectativas.

Pode-se afirmar que embora a confiança seja um termo indeterminado pela pluralidade ou vaguidade dos diversos empregos comuns que se lhe impõe, trata-se de elemento central na vida em sociedade destinado a proteger a segurança do tráfico de informações e a crenças (legítimas) expectativas do outro. Nesse sentido, afirma Manuel António de Castro P.C. da Frada (2004, p. 17-18) que

Tanto confia aquele que crê firmemente numa certa realidade, como quem espera com uma convicção mais moderada, como ainda o que chega a adotar um determinado comportamento apesar de uma contingência que não domina, decidido a assumir o correspondente risco na expectativa de que ele não se concretize. Confiança e desconfiança são susceptíveis de se combinar segundo intensidades diferentes de caso para caso.

A confiança, portanto, está incluída na regra universal da boa-fé objetiva, ainda mais quando se trata de contratos cativos de longa duração como é o caso dos contratos de planos de saúde. É princípio inerente ao bom desenvolvimento do relacionamento usuário-plano de saúde, do qual, por sua própria natureza, surgem expectativas legítimas fazendo com que o paciente adira a representações que crê efetivas, ainda mais quando se tem um contrato que se prolonga no tempo por anos. Então, a proteção da confiança é, justamente, o reconhecimento da efetividade dessa representação e a consequente proteção de quem nela depositou confiança, garantindo-se, assim, harmonia a essa relação.

Então, fidelidade, transparência e confiança não são apenas referências éticas genéricas, mas cláusulas gerais que vão além de meros ideais de comportamento, exercem, sim, papel harmonizador e que, ao assumirem feição jurídica, protegem o equilíbrio contratual. Daí porque também exercem importante papel na defesa de interesses do consumidor uma vez que pretendem traduzir segurança jurídica a relações naturalmente complexas e dinâmicas, viabilizando, dessa forma, o seu objeto em condutas que se traduzem plenamente na ideia de cooperação mútua.

Por isso, as cláusulas gerais de fidelidade, confiança e transparência, impõem regras objetivas de comportamento leal que importam em respeito e conservação da esfera de interesse alheio, exigindo atuação e cooperação mútua. O usuário que passa por todos os procedimentos e prazos impostos pela operadora, que preenche todos os requisitos contratuais e, ainda sim, tem negada a cobertura do tratamento por divergência técnica tem ferida a legítima expectativa que a própria catividade do contrato impõe, o que por si só já caracteriza a quebra positiva do contrato.

5. Do Código de Ética Médica

Se não bastasse o claro inadimplemento contratual a atuação do médico auditor e do terceiro designado pela própria operadora costuma contrariar o Código de Ética Médica em diversos pontos, destacando-se como principais:

- 1) A operadora não nomina nem qualifica os médicos, o que torna o paciente ainda mais vulnerável, uma vez que este sequer pode analisar suas credenciais.

Determina o art. 11, do Código de Ética Médica que é vedado ao médico "receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos".

- 2) O Conselho Federal de Medicina veda expressamente a médicos auditores assinar laudos sem examinar pessoalmente o paciente (art. 92, Código de Ética Médica). Os dois médicos indicados pela operadora costumam fazer isso ao negar o procedimento por divergência técnica. Além de não examinar pessoalmente a paciente, indicam serem contrários ao procedimento por divergência técnica, no entanto, não indicam expressamente qual é a divergência nem explicam porque muitas vezes antes de negar sugerem ao médico assistente (que solicitou o procedimento) que mudasse o código do tratamento.

- 3) O art. 97 do Código de Ética Médica veda ao médico como auditor vetar procedimento médico instituído. Ora, sendo o tratamento indicado ao usuário reconhecida clinicamente como eficaz, como está instituída na prática médica não pode o médico auditor negar autorização dizendo não concordar com o procedimento solicitado.
- 4) O art. 98 do Código de Ética Médica veda ao médico atuar sem absoluta isenção quando designado para atuar como auditor. Ora, é evidente que os dois médicos indicados pela operadora estão atuando de acordo com os interesses desta, uma vez que sequer examinaram a paciente para firmar seus pareceres. O que leva, portanto, a outra infração ética, pois o alvo da atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo profissional (item II do Capítulo I do Código de Ética Médica) e, obviamente, este não parece ser o caso dos médicos auditores que emitem pareceres genéricos negando cobertura por divergência técnica.

Além do mais, havendo suposta divergência técnica não é o plano de saúde ou seus auditores que possuem o direito de escolher o caminho a ser tomado ou o tratamento a ser realizado, mas sim, o próprio paciente, utilizando sua autodeterminação, conforme dispõe o item XXI do Capítulo I do Código de Ética Médica: “no processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas” (leia-se combinado com o art. 31, da mesma Resolução). Ora, estando o usuário ciente dos riscos do tratamento, como também dos benefícios que trará à sua saúde, portanto, devidamente esclarecido, é seu direito optar ou não em realizar o tratamento coberto por seu contrato.

6. Dos Danos Extrapatrimoniais

Diante de tudo que se afirmou até agora, tem-se que a negativa de cobertura de tratamento médico por divergência técnica caracteriza quebra positiva do contrato, inadimplemento contratual, abuso de

direito e infração ética e, por isso, justificadora de reparação por danos materiais e morais ocasionados ao paciente-usuário.

A legislação consumerista não protege apenas o patrimônio do consumidor, como também protege seus direitos extrapatrimoniais, dentre eles os direitos de personalidade. O dano moral, segundo a doutrina e a jurisprudência contemporânea, é expressão que deve ser analisada em sentido amplo, ou seja, abrangendo “toda a esfera interna e valorativa do ser como entidade individualizada, escolhida apenas pela força da sua expressividade e pela tradição do nosso direito” (Guilherme Ferreira CRUZ, 2008, p. 133).

Ensina Arturo Dallmartello², que o dano moral deve ser entendido como “a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.)”. Não há dúvida de que a paz e a tranquilidade de espírito do usuário são injustamente abaladas pela prática abusiva e desleal da operadora de plano de saúde ao negar um tratamento médico necessário sob o argumento de “divergência técnica”, embora o contrato tenha cobertura do procedimento.

É sabido que o dano extrapatrimonial se qualifica em razão da esfera da subjetividade, ou seja, do plano valorativo da pessoa na sociedade. Ora, sendo o tratamento coberto pelo contrato com a operadora do plano de saúde a recusa injustificada ao tratamento gera, sem dúvida, abalo físico e psicológico que pode inclusive agravar a doença. Como se já não bastasse todo o transtorno físico e abalo psíquico decorrentes da própria doença, a negativa sem justo motivo do tratamento traz consigo enorme carga de estresse emocional. Inegável o abalo emocional (lesão ao patrimônio ideal).

Dessa forma, ocorrido o fato lesivo: negativa de cobertura por “divergência técnica” (ou seja, sem justo motivo), automaticamente desse fato decorrem direta e imediatamente lesões morais. Incontestável

2 Apud, CAHALI, Yussef. Dano moral. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 41.

a existência do dano e do nexo de causalidade, independente, portanto, da vontade do ofensor. Demonstrada a conduta lesiva (art. 186 e 187 - abuso de direito, CC) e definida sua repercussão negativa, surge a obrigação de reparar, uma vez que se trata de dano 'in reipsa' e que, portanto, independe de prova em concreto. Nesse sentido, ensina Roberto Ruggiero (1937) que "basta a perturbação feita pelo ato ilícito, nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito". Nesse sentido já decidiu o STJ sobre a negativa abusiva de cobertura de plano de saúde:

Direito Civil. Recurso especial. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa indevida. Dano moral. Cabimento. - É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido. (REsp 1054856/RJ – Min. Rel. Nancy Andrighi – Terceira Turma-De 18/11/2009).

RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE CUSTEIO DEPLÁSTICA MAMÁRIA. TRATAMENTO COMPLEMENTAR À CIRURGIA BARIÁTRICA. DANO MORAL. 1- A sentença recorrida julgou a ação indenizatória procedente para determinar à requerida que suporte integralmente os custos médico-hospitalares decorrentes das cirurgias de "dermolipectomia pós-gastroplastia" e "plástica mamária", e condenar a operadora de plano de saúde ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00, em razão do abalo suportado pela recusa no custeio do tratamento. 2- A retirada de excesso de pele do paciente que obteve considerável perda de peso através de cirurgia bariátrica (50kg. na hipótese), supera a finalidade estética, na medida que alcança qualidade de reparadora, sendo necessária para a continuidade no tratamento, e pleno restabelecimento do paciente, de modo que inadmissível a recusa quanto à cobertura. 3- Embora irregular a conduta, a cirurgia complementar, tida como eletiva, promovida na data programada, não submeteu a paciente a situação de risco ou constrangedora, de modo que, embora a abusiva a negativa quanto ao custeio de parte da cirurgia, o dissabor experimentado, no caso concreto, não comporta compensação, devendo a r. sentença ser reformada para excluir a respectiva indenização. 4- Sentença parcialmente reformada. 5- Apelação da ré parcialmente provida. (TJ-SP - APL: 193588920108260554 SP 0019358-89.2010.8.26.0554, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 18/10/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/10/2012)

Considerando-se as repercussões negativas que assombram o usuário, as graves consequências da não realização do tratamento indicado por seus médicos e que colocam em risco sua vida/integridade física, deve-se ser fixada indenização também por danos morais que devem inclusive abarcar o que se denomina desvio produtivo (perda do tempo livre do consumidor tentando resolver os problemas causados pela própria negativa da operadora).

7. Considerações Finais

Trata-se a negativa de cobertura por divergência técnica de abuso de direito, de prática abusiva que coloca em risco saúde e vida do usuário e que representa, sem dúvida, quebra da confiança depositada pelo usuário no contrato firmado com a operadora de plano de saúde. Representa, não apenas inadimplemento contratual, mas quebra dos princípios da boa-fé, informação e confiança, princípios inafastáveis das relações de consumo.

A negativa de cobertura por divergência técnica não passa de uma tentativa mal sucedida de inversão dos riscos da atividade empresarial pela operadoras de planos de saúde que, com essa prática, objetivam fazer prevalecer seus interesses econômicos sobre a proteção do usuário e, principalmente, sobre o cumprimento contrato.

Caracteriza, indubitavelmente, '*venire contra facumproprio*' a negativa de cobertura por divergência técnica. Ato ilícito que, sem dúvida, coloca em risco a integridade física e psíquica do usuário-consumidor, afrontando a sua dignidade e, em alguns casos, até agravando severamente a sua doença.

Do inadimplemento contratual aqui discutido deriva responsabilidade objetiva da operadora do plano de saúde que acarreta o dever de indenizar danos morais e materiais causados ao usuário uma vez que o suporte fático do contrato é o interesse social, a busca do restabelecimento da saúde física e psíquica do paciente.

Nesse sentido, afirma BARBOSA GOMES, citado por Teresa NEGREIROS (1998, p. 220), "*o contrato não é só um meio para a realização de interesses individuais, mas é instrumento para a realização de funções*

de transcendência supra-individual, devendo responder às exigências de equidade, de justiça distributiva e social e do interesse público”.

Por isso, a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor com o reconhecimento da abusividade da negativa de cobertura por divergência técnica e proteção da confiança depositada pelo usuário na prestação e adequação do plano de saúde contratado, tem ampla aplicabilidade aos contratos de planos de saúde, não se podendo tratar a negativa de cobertura por divergência técnica como mero inadimplemento contratual pois os riscos que trazem à saúde do paciente são consideráveis.

Referências Bibliográficas

BAGGIO, Andreza. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. Revista dos Tribunais: 2012.

CAHALI, Yussef. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 41.

CRUZ, Guilherme Ferreira. **Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 133. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 34).

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FRADA, M.A.C.P.C. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2004.

LISBOA, R.S. **Contratos difusos e coletivos**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, C. L.; SCHMITT, C.H.; LOPES, J. R. L.; PFEIFFER, R. A. C. (Coord.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 9-20 e 71-82.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1937.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. Curitiba: Juruá, 2010.

TOMASETTI JUNIOR, A. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 4, p. 52-90.





POSSIBILIDADE LEGAL DE REMUNERAÇÃO DA DIRETORIA ESTATUTÁRIA DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS POSSUIDORAS DE CEBAS



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 Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor - IBATS. É fundador, editor e articulista da Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS.

É membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP. Foi professor do curso de Direito do Terceiro Setor da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP. Foi professor do curso de Pós-Graduação em Administração Hospitalar e Negócios da Saúde da UNISA/SP. Foi Conselheiro Fiscal do Instituto de Administração para o Terceiro Setor Luiz Carlos Meregé - IATS. 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 Federação Brasileira de Administradores Hospitalares - FBAH. OAB/SP 125.253

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Inexistência de proibição legal de remuneração de dirigente estatutário. 3. Histórico da lei de regência do CEBAS. 4. A alteração da postura governamental. 5. Análise das condições viabilizadoras da remuneração de dirigentes estatutários de entidades portadoras de CEBAS. 6. A previsão do Código Tributário Nacional. 7. A alteração da previsão da Lei n. 9.532/97 e do RIR. 8. Permissivos da Secretaria da Receita Federal. 9. A necessidade de as entidades observarem as leis específicas que concedem títulos diferentes do CEBAS para mantê-los. 9.1. O título de utilidade pública federal. 9.2. Os títulos de utilidade pública estaduais e municipais. 9.3. As qualificações de OS e OSCIP. 10. Vínculo jurídico do dirigente estatutário remunerado com a entidade. Conclusão.

RESUMO: A remuneração da diretoria estatutária de entidades sem fins lucrativos que possuem títulos sempre foi uma reivindicação do Terceiro Setor. A Lei n. 12.868/13 foi editada para resolver esta pendenga histórica e permitir que a pessoa alçada à diretoria estatutária de uma instituição pudesse ser remunerada pelo exercício de tal função. Todavia, há que se analisar esta possibilidade com parcimônia, pois, como a lei trata apenas de um dos títulos possíveis de serem obtidos pelas entidades - o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS -, consequentemente ela não abrangeu, não alcançou e nem alterou a legislação que rege outras qualificações, como as utilidades públicas federal, estadual e municipal, as Organizações Sociais - OS - e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs -, sendo que as duas últimas já possuíam legislação autorizativa neste sentido¹. A entidade deve conter seu ímpeto e analisar com critério as leis dos títulos que possui, pois o que uma permite pode ser que seja

¹ Lei n. 10.637 - Art. 34. A condição e a vedação estabelecidas, respectivamente, no art. 13, § 2o, III, b, da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 12, § 2o, a, da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não alcançam a hipótese de remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício, pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), qualificadas

proibido por outra, o que eventualmente poderá colocá-la em xeque e/ou lhe trazer prejuízos. A legislação brasileira está a um abismo de ser lógica e de boa qualidade. Ao contrário, ela é antagônica, contraditória e exímia em atrapalhar a vida das entidades do Terceiro Setor. É sobre a possibilidade de remuneração da diretoria estatutária das entidades portadoras de CEBAS (somente deste título), seus riscos e os reflexos de tal atitude nos demais títulos que trataremos brevemente neste artigo.

ABSTRACT: *The statutory board remuneration of entities without profit that have titles was always a Third Sector's claim. The Law 12.868/13 was enacted to address this historical struggle and allow the person raised to institution statutory board could be remunerated for the exercise of this function. However, we must examine this possibility sparingly, because, as the law is only one of the possible titles to be obtained entities - the Beneficent Assistance Social Entity Certificate - CEBAS - consequently it did not cover, and did not reach or alter the rules governing other qualifications, such as federal, state and municipal public utilities, state and municipal, social organizations - OS - and Public Interest Civil Society Organizations - OSCIPs - of which the latter two already had legislation authorizing in this way. The entity must contain its momentum and analyze the laws of the titles that it has, for what allows it may be prohibited by another, which could eventually put it in check and/or bring harm. Brazilian law is a gap to be logic and good quality. Rather, it is antagonistic, contradictory and excels in disrupt the life of the Third Sector entities. Is about the possibility of statutory board remuneration of the entities bearing CEBAS (only this title), its risks and the consequences of such an attitude in the other titles that treat briefly in this article.*

PALAVRAS-CHAVE: Lei. Remuneração. Possibilidade. Diretoria Estatutária. Alcance. Consequências. Limites financeiros. Riscos. Terceiro Setor. Entidades sem fins lucrativos.

KEYWORDS: *Law. Payment. Possibility. Statutory board. Reach. Consequences. Financial limits. Risks. Third sector. Nonprofits entities.*

segundo as normas estabelecidas na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, e pelas Organizações Sociais (OS), qualificadas consoante os dispositivos da Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998.

1. Introdução

Vem de décadas a restrição de remuneração² de membros da diretoria estatutária de entidades que possuem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.³

Esta hipocrisia dissonante da realidade e impeditiva do progresso das entidades, que se viam limitadas e até mesmo tolhidas de contar com profissionais mais bem preparados e que necessitam ser remunerados, teve seu fim, finalmente, com a edição da Lei n. 12.868, em outubro de 2013.

Um mês antes, em setembro de 2013, a possibilidade de remuneração dos dirigentes das entidades sem fins lucrativos havia sido contemplado pela Lei n. 12.863/13, cuja redação, neste particular, foi vetada pela Presidência da República sob o argumento de que

“os dispositivos ampliam inadequadamente a possibilidade, excepcional, de remuneração de dirigentes de associações assistenciais ou fundações sem fins lucrativos, ampliando, inclusive, as hipóteses de imunidade e isenção tributárias. Ainda que se entenda o mérito da proposta, há que se fixar um limite a tais remunerações, mais seguro juridicamente que o ‘valor de mercado’, como previsto na proposta. Além disso, há outra proposição, já aprovada pelo Congresso Nacional e a ser enviada também para sanção, que trata justamente desta matéria, impondo, no entanto, limites mais adequados e juridicamente mais seguros a tais remunerações.”⁴

Apesar da edição da lei, as entidades estão receosas de aplicar livremente o dispositivo legal mencionado, haja vista a sua incompletude normativa e alcance restrito unicamente ao CEBAS, que tinha sua conquista sempre ligada umbilicalmente a obtenção de outras qualificações paralelas e prévias que não tiveram suas regras alteradas pela Lei n. 12.868/13 e, portanto, continuam válidas e devem ser respeitadas.

Paira no âmbito do Terceiro Setor aguçada desconfiança e enorme insegurança jurídica sobre o tema, o que fez com que entidades

2 A remuneração deve ser considerada como custo ou despesa operacional. Pareceres Normativos ns. 18/85 e 11/92, do Coordenador do Sistema Tributário (CST).

3 O fato de uma entidade possuir o CEBAS lhe dá direito a usufruir das “isenções” das contribuições sociais previstas nos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.212/91, 150 e 195, da Constituição Federal, pelo menos até que o Supremo Tribunal Federal decida a questão de forma definitiva.

4 BRASIL. Mensagem de Veto n° 413, de 24 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-413.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

fizessem consultas a órgãos públicos, inclusive à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), para que ela delineasse exatamente *o que pode e o que não pode* no que diz respeito ao assunto, como se ela dispusesse de tal prerrogativa.

Enquanto a resposta às perguntas não vem oficialmente, muitas entidades optaram por retardar a utilização da normativa legal e postergar a remuneração dos seus dirigentes estatutários.

É sobre o enleio do assunto impessoal: pretende-se tecer considerações que possam subsidiar tecnicamente a conclusão apontada no final.

2. Inexistência de proibição legal de remuneração de dirigente estatutário

Nunca houve a proibição de remunerar os dirigentes estatutários de pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associação civil sem fins lucrativos. Não se vê restrição neste sentido no Código Civil (CC) na sua redação de 1916 e nem na de 2002. E é este o diploma legal que rege a criação de tais pessoas jurídicas, conforme prevê a Lei n. 10.406/02, nos seus artigos 53⁵ e seguintes. Se não era proibido, era permitido. Uma associação civil sem fins lucrativos pode, e sempre pôde, remunerar a sua diretoria estatutária.

A confusão talvez tenha se originado porque leis que criaram títulos, qualificações e certificações proibiram a remuneração da diretoria^{6 7} estatutária por parte das associações civis que manifestassem interesse em pleiteá-los ou obtê-los.

5 BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

6 Diretoria é o órgão responsável pela gestão da organização e pela execução da vontade social, além de representar a entidade ativa e passivamente nos atos jurídicos e extrajudiciais. Tem a função de colocar em prática as diretrizes e metas estabelecidas pelo Conselho, executando a administração cotidiana da entidade. Autor: Luiz Carlos Merege/Revista Integração. MEREGE, Luiz Carlos, Márcia Moussallem (Org.). **Dicionário do Terceiro Setor**. São Paulo: Plêiade, 2011. p. 92.

7 Não é [a Diretoria], via de regra, órgão colegiado, na medida em que seus membros (diretores) têm funções estatutárias que devem individualmente cumprir com total responsabilidade pessoal pelos atos praticados no exercício dessas mesmas funções, independentemente do ônus da solidariedade, nos casos e circunstâncias previstos expressamente no estatuto. Embora não seja um órgão colegiado, também a lei vigente não impede que o estatuto possa determinar que algumas

Entretanto, a associação civil que não tenha a intenção de conquistar títulos não é alcançada pelas leis que instituíram estas qualificações, que regem apenas aquelas instituições que foram agraciadas com a concessão delas.

Permanecendo a entidade com a intenção de manter a titularidade de títulos eventualmente conquistados, ela deverá analisar as leis específicas que os regem e, se estas contiverem normas que impossibilitem a remuneração da diretoria estatutária, assim ela deverá se portar, sob pena de perda da qualificação.

A definição legal do que seja “associação sem fins lucrativos” consta de diversos e antigos dispositivos.⁸ Para efeito deste breve apontamento tomamos emprestada a conceituação mais recente, constante da Lei n. 12.873, editada em 24 de outubro de 2013, que institui o *Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde – PROSUS*, e que assim dispõe:

Art. 25. Para efeitos desta Lei, considera-se entidade de saúde sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribua ou transfira entre os seus sócios, associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o

decisões sejam tomadas em reunião. Essas deliberações não desnaturam a responsabilidade individual dos diretores. Os diretores acumulam, no exercício de seus cargos, as funções de gestão e representação da associação, conforme o que dispuser para cada um deles o estatuto social. As reuniões da diretoria deverão ser consignadas em atas e lançadas em livro próprio, sendo que por se tratar de órgão da administração, cujas deliberações importam em responsabilidade individual dos diretores, não se admite ata sumária. Observe-se que se as deliberações da diretoria produzirem efeitos perante terceiros (v.g., nomeação de gerentes, mudança do local da sede da associação, celebração de financiamento etc.) deverão ser as respectivas atas arquivadas no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. (sic) PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.139 e 140.

8 Lei 9.532/97 – Art. 12. [...] § 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais. [...] BRASIL. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9532.htm>. Acesso em 22 jul. 2015.

exercício de suas atividades, e que aplica os excedentes integralmente na consecução de seu objeto social.⁹

3. Histórico da lei de regência do CEBAS

Desde 1991, a Lei n. 8.212, que foi alterada ao longo do tempo e teve artigos revogados pela Lei n. 12.101/09, proibia textualmente a remuneração da diretoria estatutária e exigia que a entidade que pretendesse obter o CEBAS - *Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social* - hoje concedido pelos Ministérios da Saúde, Educação ou Desenvolvimento Social e Combate à Fome, dependendo da área de atuação da entidade - também possuísse a qualificação de utilidade pública federal. Eis a redação do art. 55 da Lei n. 8.212/91, que foi revogado e aqui é transcrita meramente para facilitar a concatenação das ideias:

Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

I - **seja reconhecida como de utilidade pública federal** e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Registro e do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

[...]

IV - **não percebam seus diretores**, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, **remuneração** e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título; (gr)¹⁰

O Decreto federal n. 2.536, que regulamentou a concessão e renovação do CEBAS e vigorou de 1998 até 2009, repetia as proibições da Lei n. 8.212/91.

9 BRASIL. Lei n° 12.873, de 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

10 BRASIL. Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

A Lei n. 12.101/09 revogou o artigo 55 da Lei n. 8.212/91 e o Decreto n. 2.536/98 e estipulou novas regras para a concessão e renovação do CEBAS. Porém, manteve a proibição de remuneração da diretoria estatutária, em dispositivo assim transcrito:

Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - **não percebam seus diretores**, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, **remuneração**, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos; (gr) [...] ¹¹

4. A alteração da postura governamental

Em outubro de 2013, a sequência legislativa proibitiva de remuneração da diretoria estatutária da entidade que possui CEBAS foi quebrada com a edição da Lei n. 12.868, que deu nova redação ao artigo 29 da Lei n. 12.101/09, acima parcialmente transcrito, passando a assim disciplinar o assunto:

Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - não percebam, seus dirigentes estatutários, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

[...]

§ 1º A exigência a que se refere o inciso I do caput **não impede**:

11 BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício;

II - **a remuneração aos dirigentes estatutários**, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal.

§ 2º **A remuneração dos dirigentes estatutários** referidos no inciso II do § 1º deverá obedecer às seguintes condições:

I - nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo; e

II - o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo.

§ 3º O disposto nos §§ 1º e 2º **não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário** ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.¹² (gr)¹³

A redação primitiva do inciso I do art. 29 da Lei n. 12.101/09 foi mantida, mas a Lei n. 12.868/13 incluiu neste artigo os parágrafos 1º, 2º e 3º, que flexibilizaram tal restrição e estabeleceram os requisitos e as condições a serem cumpridos para utilização do direito de remuneração dos dirigentes estatutários, agora positivado.

12 Orientação neste sentido existia desde 1996, conforme consta do Parecer n. 639/96 da Consultoria Jurídica do (então) Ministério da Previdência e Assistência Social, assim ementado: "Resposta à Consulta do Exmo. Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social. Exegese do artigo 55, inciso IV da Lei de Custeio (Lei 8.212/91) no que se refere a não percepção por seus dirigentes ou instituidores de remuneração em harmonia como art. 5º, inciso XIII da Lei Magna que se refere à liberdade de profissão. Necessidade de harmonização de dois bens jurídicos relevantes. A interpretação a ser dada ao art. 55, inciso IV indica a impossibilidade de cassação e não concessão de isenção pelo fato do dirigente ser remunerado por atividade não estatutária." In TEIXEIRA, Josenir. Anotações sobre as alterações produzidas pela Lei nº 12.868/13 na concessão ou renovação do CEBAS. **Revista de Direito do Terceiro Setor** – RDTS, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 51-70, jul/dez 2013. p. 59.

13 BRASIL. Lei nº 12.868, de 15 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12868.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

5. Análise das condições viabilizadoras da remuneração de dirigentes estatutários de entidades portadoras de CEBAS

O art. 29 da Lei n. 12.101/09 sofreu a inclusão de três parágrafos pela Lei n. 12.868/13, sendo a redação deles acima transcrita.

O inciso I¹⁴ do parágrafo primeiro trata dos dirigentes não estatutários, que não é objeto deste estudo. A lei positivou a possibilidade de cumulação da função executiva com a estatutária, que é tratada mais amiúde no parágrafo terceiro¹⁵ do mesmo artigo, que a autoriza, desde que haja compatibilidade de horários das jornadas de trabalho.

O inciso II¹⁶ do parágrafo primeiro limita o ganho do dirigente estatutário a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal. Levando em consideração o salário da Presidente da República¹⁷, servidora chefe do Poder Executivo Federal, que é de R\$26.723,13 (vinte e seis mil, setecentos e vinte e três reais e treze centavos) e sobre ele obtivermos o percentual indicado, chegaremos ao valor máximo de remuneração de R\$18.706,19 (dezoito mil, setecentos e seis reais e dezenove centavos).

14 I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício; § 1º A exigência a que se refere o inciso I do caput não impede: [...]

BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

15 § 3º O disposto nos §§ 1o e 2o não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

16 II - a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal.

17 BRASIL. Portal da Transparência (em negrito). Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/servidores/Servidor-Detalha%20Remuneracao.%20asp?Op=2&IdServidor=1806350&CodOrgao=20101&CodOS=20101&blInformacaoFinanceira=True>>. Acesso em 23 jan. 2014.

O inciso I¹⁸ do parágrafo segundo¹⁹ impede que o dirigente estatutário que pretenda ser remunerado tenha parentesco até terceiro grau com as pessoas que ele identifica.

O inciso II²⁰ do parágrafo segundo prevê que o valor total a ser pago aos diretores estatutários que formam a diretoria não pode ultrapassar R\$93.530,95 (noventa e três mil, quinhentos e trinta reais e noventa e cinco centavos), se levarmos em consideração a base de cálculo acima apontada (R\$18.706,19 x 5).

Finalmente, o parágrafo terceiro²¹ permite a remuneração do dirigente estatutário que, também, ocupa cargo na diretoria executiva, desde que não haja incompatibilidade de jornadas de trabalho, ou seja, não se podem utilizar as mesmas horas do dia para realizar ambas as funções.

Por dedução lógica, se a função exercida na diretoria executiva for realizada no horário comercial e a da diretoria estatutária for cumprida à noite, viabilizada está a possibilidade de cumulação das funções e recebimentos distintos, mas somados. De outro jeito, mas se chegando à mesma conclusão, se a função exercida na diretoria executiva for realizada de manhã e a da diretoria estatutária à tarde, da mesma forma é viável a remuneração de ambas, concomitantemente.

18 I - nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3o (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo; BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

19 § 2º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 1º deverá obedecer às seguintes condições: [...] BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

20 II - o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo.

BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

21 § 3º O disposto nos §§ 1º e 2º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

Não se aterá aqui aos eventuais reflexos trabalhistas que a hipótese autorizada pela Lei n. 12.868/13 pode acarretar, pois não é este aspecto que interessa a este artigo, apesar da sua enorme importância para o dia a dia das entidades.

6. A previsão do Código Tributário Nacional

O artigo 29 da Lei n. 12.101/09 reproduz nos seus incisos²² as mesmas disposições constantes do artigo 14 do Código Tributário Nacional (CTN, Lei n. 5.172/66), lei que possui status de complementar, em que pese ser ordinária na sua origem. Deve-se tecer comentários a respeito do art. 14, CTN, que assim dispõe:

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

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

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos

22 Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos: [...] II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais; [...] IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade; V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto; [...] BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.²³

O previsto no inciso I, acima transcrito, consistente na proibição de “distribuição de parcela do patrimônio”, não pode ser confundido com a “remuneração” dos membros da diretoria estatutária prevista no art. 29, § 1º, II, da Lei n. 12.101/09, alterado pela Lei n. 12.868/13, haja vista que são situações jurídicas e contábeis absolutamente distintas entre si e que dispensam maiores comentários neste momento.

Enquanto a hipótese prevista no inciso I do artigo acima transcrito encerra a ideia de “distribuir” (o patrimônio), que significa “entregar uma parcela (de algo); repartir, dividir; doar (bens, donativos, presentes etc.); espalhar”²⁴ etc., a “remuneração” implica na “retribuição por serviço ou favor prestado; gratificação, ger. em dinheiro, por trabalho realizado;”^{25 26}.

As situações são distintas e não se confundem, o que nos leva a afirmar que o ato de remunerar os membros da diretoria estatutária de uma entidade certificada com o CEBAS, agora permitido, não implica o descumprimento do inciso I do artigo 14 do CNT, diante da distância conceitual existente entre tais institutos.

O Código Tributário Nacional, portanto, não é impeditivo legal que possa ser invocado para não se remunerar os componentes da diretoria estatutária de uma entidade portadora do CEBAS.

7. A alteração da previsão da Lei n. 9.532/97 e do RIR

A Lei n. 9.532/97 trata de diversos aspectos relacionados à legislação tributária federal. A sanha arrecadatória desmesurada do governo federal incluiu nela uma série de inconstitucionalidades, o que fez com

23 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

24 HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

25 Idem.

26 Remuneração e distribuição de lucros ou de participação nos resultados não se confundem. Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal. Solução de Consulta nº 140, de 25 de outubro de 2007.

que o Supremo Tribunal Federal assim declarasse a respeito do seu artigo 12, nos seus parágrafos primeiro e segundo, e outros, em ementa assim redigida:

[...] II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): “instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida.

1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar.

2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal arguida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parág. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada.

3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientelas restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja delibação não é necessária à decisão cautelar da ação direta.²⁷

A Lei n. 9.532/97 proíbe a remuneração dos dirigentes estatutários das entidades sem fins lucrativos que pretendam ter seu direito a imunidade reconhecido, em dispositivo assim redigido:

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

27 Supremo Tribunal Federal, ADI 1802 MC / DF - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 27.08.1998, p. DJ 13.02.2004.

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados; [...]²⁸

Entretanto, a Lei n. 12.868/13 também provocou alterações na Lei n. 9.532/97 e incluiu dispositivos com redação idêntica àqueles inseridos no art. 29 da Lei 12.101/09:

[...] § 4º A exigência a que se refere a alínea “a” do § 2º não impede:

I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício; e

II - a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal.

§ 5º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 4º deverá obedecer às seguintes condições:

I - nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o **caput** deste artigo;

II - o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo.

§ 6º O disposto nos §§ 4º e 5º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.²⁹

Portanto, a limitação ou mesmo a proibição constante em uma das normas legais mais *temidas* pelas entidades sem fins lucrativos foi flexibilizada pela Lei n. 12.868/13, não havendo mais óbice à remuneração de dirigentes estatutários para o gozo da imunidade do Imposto sobre a Renda.

28 BRASIL. Lei n° 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9532.htm>. Acesso em 22 jul. 2015.

29 BRASIL. Lei n° 12.868, de 15 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12868.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

O Regulamento do Imposto de Renda (RIR), editado pelo Poder Executivo e positivado pelo Decreto n. 3.000/99, regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Ele traz previsão (e redação) idêntica à constante da Lei 9.532/97 no que diz respeito a até então impossibilidade de remuneração de dirigentes estatutários de entidades sem fins lucrativos que pretendessem gozar de imunidade tributária³⁰. Eis o seu dispositivo:

Art. 170. Não estão sujeitas ao imposto as instituições de educação e as de assistência social, sem fins lucrativos.

[...]

§ 3º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

I - não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;³¹

Ora, se a Lei n. 9.532/97, que regulamenta a legislação tributária federal foi alterada pela Lei n. 12.868/13, no particular aqui tratado, há que se convir que o Decreto que trata do mesmo assunto também e obrigatoriamente deve seguir a mesma linha de raciocínio e de postura e se render à nova regra estabelecida pela lei superveniente, mesmo que

30 TRF 3, Apelação Cível 40871 SP 2006.03.99.040871-1, p. 21/11/2007. "Processual civil e tributário. Embargos à execução fiscal. Apelação que se reporta aos argumentos trazidos na inicial. Não conhecimento. Revogação de isenção à entidade de assistência social sem fins lucrativos, constatada em regular procedimento fiscal a remuneração a seu dirigente no exercício da administração (art. 130, I, do RIR/80). 1. [...] 2. A presente cobrança decorre de revogação de isenção à entidade de assistência social sem fins lucrativos, por remunerar o seu dirigente no exercício da administração, em infração ao requisito previsto no art. 130, I, do RIR/80. 3. [...] 4. Cabia à embargante o ônus da prova da desconstituição da dívida ativa por ocasião da interposição dos embargos, demonstrando de forma inequívoca que não houve a remuneração a seu dirigente. 5. A prova pericial produzida no processo 1.032/86, fls. 18/20, não revela se os honorários pagos ao Dr. José Mário Pereira Lima, em razão da "assistência a sócios", o foram exclusivamente como consultas médicas, na condição de autônomo, até porque, como bem salientado na r. sentença, "as atribuições do 1º Provedor, segundo o estatuto, alcançam inúmeras atividades que envolvem, necessariamente, atendimento a doentes (sócios) do hospital". 6. Ademais, não se prestou a apelante a refutar a r. sentença no tocante à previsão contida no art. 16, III, a, de seu estatuto, no que respeita à impossibilidade do 1º Provedor exercer a função de médico, mesmo que em caráter autônomo. 7. O requisito legal de ausência de remuneração de sua diretoria, para a isenção do IRPJ, foi transgredido pela ora apelante, devendo ser mantida a r. sentença de improcedência dos embargos. 8. Conhecimento parcial da apelação e, no que conhecida, improvida."

31 BRASIL. Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

ainda não tenha tido sua redação alterada e formalizada por outro dispositivo legal.

Não seria lógico, nem de bom senso, nem legal, aceitar que um decreto contrarie ou modifique a previsão de uma lei, já que aquele obrigatoriamente deve ser compatível com esta e serve, tão somente, para regulamentá-la³², desenvolvê-la, tratar dos pormenores para a sua aplicação e garantir a sua fiel execução.

A Lei n. 9.532/97 e o Decreto n. 3.000/99 (RIR) não são impeditivos legais que possam ser invocados para não se remunerar os componentes da diretoria estatutária de uma entidade portadora do CEBAS.

8. Permissivos da Secretaria da Receita Federal

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, de há muito, possui posicionamentos dos quais se extrai conclusão permissiva para que sejam feitos pagamentos aos diretores, inclusive estatutários, de entidades sem fins lucrativos sem colocar em risco o reconhecimento da imunidade que é “conferida pelo CEBAS”, na visão do Fisco.

Eis algumas decisões neste sentido que, por analogia, podem ser aproveitadas para o contexto do tema aqui abordado:

Superintendência Regional da Receita Federal – SRRF – 4ª Região Fiscal
Processo de Consulta nº 039/97

Assunto: Entidades sindicais - imunidade - Obrigações Acessórias. Normas Gerais de Direito Tributário. Ementa: As entidades sindicais dos trabalhadores são beneficiárias de imunidade de imposto sobre a renda relacionada com suas finalidades essenciais, atendidos os requisitos legais, **sendo-lhes permitido remunerar seus dirigentes.** (gr)

Dispositivos Legais: Arts. 150, inciso VI, alínea “c”, e § 4º, da Constituição Federal; 9º, § 1º, e 14 incisos I a III, do Código Tributário Nacional (Lei nº

32 Constituição Federal, Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

5.172/66), e 159 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), aprovado pelo Decreto nº 1.041/94. - DISIT - 17.10.1997³³

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal

DECISÃO Nº 137 de 27 de Outubro de 2000

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. EMENTA: REMUNERAÇÃO DE DIRETORES Por não ser vedada por lei, **a remuneração atribuída aos diretores** da entidade sindical **não desfigura a imunidade tributária** prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal, desde que atendidas as exigências estabelecidas no artigo 14 do CTN (Código Tributário Nacional), não estando a entidade sujeita ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica. (gr)

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 105 de 09 de Dezembro de 2009

ASSUNTO: Normas Gerais de Direito Tributário. EMENTA: A **eventual remuneração paga a dirigente de entidade religiosa** - o qual, na espécie, é ministro do Evangelho - a título de serviços administrativos a ela efetivamente prestados, **não elide o gozo da imunidade tributária** pela Igreja, sem prejuízo da incidência do Imposto de Renda, na fonte e na Declaração de Ajuste Anual, sobre os mencionados rendimentos auferidos pelo pastor, de vez que estes não são abrigados pela norma imunizante. (gr)

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 140 de 25 de Outubro de 2007

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. EMENTA: Dirigente. Partido político. Atendidos os requisitos estabelecidos no art. 14 do CTN e, em não havendo qualquer vedação expressa na legislação quanto à questão remuneratória, **o partido político que remunera seus diretores continuará amparado pela imunidade tributária** prevista no artigo 150, VI, “c”, da Constituição Federal de 1988, relativa a impostos. Entretanto, a contraprestação do serviço tem que corresponder a valores que não vislumbrem a prática de distribuição disfarçada de lucro, sob pena de ser suspenso o benefício nos termos do § 1º do referido artigo. Não há isenção total da Cofins para os partidos políticos, mas tão-somente das receitas das atividades próprias dessas instituições. Consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembléia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e

33 Neste sentido, cita-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.199.114, p. 08.09.2010.

ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais. No caso dos partidos políticos, a contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na folha de salários, à alíquota de um por cento, e não pelo faturamento, ainda que remunere seus dirigentes. **Remuneração e distribuição de lucros ou de participação nos resultados não se confundem.** (gr)

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal
SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 28 de 08 de Abril de 2004

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. EMENTA: **Não perdem a condição de imunes** a impostos os templos de qualquer culto que **remunerem seus dirigentes**. No entanto, devem ser informados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, os valores dos rendimentos pagos, a qualquer título, às referidas pessoas físicas, sujeitando-se estes à incidência do Imposto sobre a Renda na Fonte e na Declaração de Rendimentos dos beneficiários, visto que não gozam de imunidade ou isenção.

Vê-se que esses posicionamentos, aliados aos acima delineados, indicam que há base jurídica sólida para sustentar a possibilidade de remuneração dos membros da diretoria estatutária de entidades portadoras de CEBAS sem que se macule o instituto jurídico da imunidade tributária constitucional.

É bem verdade que as entidades não podem confiar no modo de proceder da Secretaria da Receita Federal do Brasil em razão do seu ideal de arrecadação a qualquer custo, inclusive pelo menosprezo, desrespeito³⁴ e interpretação restritiva e parcial da legislação com a qual atua, se necessário for, para atingir seu objetivo.

9. A necessidade de as entidades observarem as leis específicas que concedem títulos diferentes do CEBAS para mantê-los

A autorização de remuneração dos membros da diretoria estatutária de entidades sem fins lucrativos, dada pela Lei n. 12.868/13, se restringe ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS, pois esta norma alterou especificamente a Lei n. 12.101/09,

34 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808, Relator min. Marco Aurélio, j. 15.12.2010.

que trata especialmente de referida qualificação, e que foi regulamentada pelo Decreto n. 7.237/10.

Portanto, se a entidade possuir outros títulos e qualificações ela deverá analisar detidamente as leis próprias que tratam deles e norteiam a concessão e renovação para ver se a adoção da faculdade de remunerar os dirigentes estatutários não contraria as suas previsões, já que, repita-se, a Lei n. 12.868/13 tratou especificamente da certificação do CEBAS.

Caso a entidade identifique que determinada titulação ou certificação [diferente do CEBAS] da qual é titular é essencial para a sua manutenção e/ou finalidade e as suas normas jurídicas próprias não permitam a remuneração de dirigentes estatutários, ela não poderá se valer do permissivo constante da Lei n. 12.868/13, mas, ao contrário, deverá obedecer aquelas regras legais específicas e próprias, sob pena de, se assim não proceder, perder as certificações e os eventuais benefícios que elas lhe trazem.

9.1. O título de utilidade pública federal

A lei federal mais antiga que concede títulos é a de n. 91, editada em 1935, que trata da utilidade pública federal, e que está em vigor até hoje. Eis a sua redação (no original):

Art. 1º As sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no paiz com o fim exclusivo de servir desinteressadamente á collectividade podem ser declaradas de utilidade publica, provados os seguintes requisitos:

- a) que adquiriram personalidade juridica;
- b) que estão em effectivo funcionamento e servem desinteressadamente á collectividade;
- c) que os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados.³⁵

No caso de uma entidade que prefira manter a posse/detenção do título de utilidade pública federal, ela não poderá remunerar a diretoria

35 BRASIL. Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0091.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

estatutária, pois a Lei n. 91/35, que o regulamenta, não foi revogada neste particular e coexiste com a Lei n. 12.868/13.

A eventual perda do título de utilidade pública federal, em tese e dependendo de cada situação concreta vivenciada pela entidade, pode ter impacto zero, principalmente para aquelas instituições que obtiveram a qualificação de Organização Social nos estados ou municípios que editaram leis específicas para tratarem do tema.

Isso porque, se essas legislações estaduais e municipais seguiram (ou copiaram) o texto da Lei Federal n. 9.637/98, que trata da qualificação de Organização Social, é muito provável (e isso deverá ser verificado em cada uma delas) que haja artigo que preveja exatamente ou algo muito próximo do seguinte:

Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.³⁶

A título de curiosidade e para comprovar a afirmação acima, a Lei de Organização Social do estado de São Paulo, n. 846/98, possui previsão cuja redação é praticamente idêntica à acima transcrita:

Artigo 13. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais.³⁷

A Lei que trata de Organização Social do município de São Paulo/SP, n. 14.132/06, traz previsão que se situa na mesma linha acima delineada:

Art. 13. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.³⁸

36 BRASIL. Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

37 ESTADO DE SÃO PAULO: Lei Complementar n° 846, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1998/lei.complementar-846-04.06.1998.html>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

38 MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei n° 14.132, de 24 de janeiro de 2006. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2006/1414/14132/lei-ordinaria-n-14132-2006-dispoe-sobre-a-qualificacao-de-entidades-sem-fins-lucrativos-como-organizacoes-sociais?q=14132>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

A Lei do estado do Mato Grosso que trata das Organizações Sociais, LC n. 150/04, possui dispositivo semelhante:

Art. 14. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais.³⁹

A Lei do estado do Pará que dispõe da qualificação de entidades como Organizações Sociais, n. 5.980/06, também possui dispositivo praticamente idêntico e vai mais além:

Art. 7°. As entidades qualificadas como Organizações Sociais ficam, desde logo, declaradas de interesse social e de utilidade pública para todos os efeitos legais, inclusive tributários.⁴⁰

Numa análise avançada, mas ainda superficial, seria possível defender formas legais para substituir a utilidade pública federal por algo equivalente, como se pode aferir da leitura do dispositivo abaixo transcrito, contido na Lei n. 9.249/95, sendo que a concretização de tal afirmação necessitaria da edição de norma jurídica específica:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

[...]

§ 2º Poderão ser **deduzidas as seguintes doações**:

[...]

III - as **doações**, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a **entidades civis**, legalmente constituídas no Brasil, **sem fins lucrativos**, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

[...]

39 ESTADO DO MATO GROSSO. Lei Complementar nº 150, de 8 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/leis/lei_6091.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

40 ESTADO DO PARÁ. Lei nº 5.980, de 19 de julho de 1996. Disponível em: <<http://www.alepa.pa.gov.br/portal/detalheLei.php?idLei=cGNkV29iaGJzSDQwdzBjcVlrUHpmTDg9>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de **utilidade pública** por ato formal de órgão competente da União. (gr)⁴¹

Conclui-se que a utilidade pública federal deixou de ter a importância de outrora, especificamente no que diz respeito à necessidade de sua existência como requisito prévio à conquista do CEBAS e sua manutenção.

9.2. Os títulos de utilidade pública estaduais e municipais

No que diz respeito aos títulos de utilidade pública estaduais e municipais, as leis próprias de cada ente político deverão ser analisadas pelos assessores jurídicos das entidades para verificar se é condição *sine qua non* a não remuneração dos dirigentes estatutários para a sua manutenção.

Se for, e a entidade quiser mantê-los, ela não poderá remunerar os membros da diretoria estatutária e, conseqüentemente, não se beneficiará dos efeitos produzidos pela Lei n. 12.868/13.

9.3. As qualificações de OS e OSCIP

A qualificação de instituições sem fins lucrativos como Organizações Sociais - OS - é regulamentada por leis estaduais e municipais, cuja quase totalidade buscou inspiração na Lei federal n. 9.637/98, que dispõe justamente sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

Já se debruçou sobre a análise do previsto na lei federal acima mencionada e nas leis estaduais e municipais e apontou-se o equívoco da transposição cega de previsões daquela para estas sem levar em consideração o contexto e a finalidade de outorga da qualificação e, principalmente, a origem das entidades sem fins lucrativos, assunto que tangencia o aqui abordado, mas que não será explorado.⁴²

41 BRASIL. Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

42 TEIXEIRA, Josenir. A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios. **Revista de Direito do Terceiro Setor** –

No que toca especificamente ao assunto da remuneração dos membros da diretoria estatutária, a Lei n. 9.637/98 é permissiva e prevê textualmente a sua possibilidade:

Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

[...]

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

[...]

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.⁴³

A Lei n. 9.637/98 proíbe a distribuição de patrimônio, assunto totalmente diverso da remuneração da diretoria estatutária, como vimos acima, no seguinte dispositivo:

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

[...]

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;⁴⁴

Quanto às associações civis que receberam a outorga da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP – pelo Poder Executivo, em quaisquer de suas esferas, elas possuem a faculdade de remunerar seus dirigentes estatutários pelo menos desde 2002, quando foi editada a Lei n. 10.637, que tratou do assunto em dispositivo assim redigido:

RDTS, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 125-153, jul./dez. 2012.

43 BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

44 BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

Art. 34. A condição e a vedação estabelecidas, respectivamente, no art. 13, § 2º, III, *b*, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 12, § 2º, *a*, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não alcançam a hipótese de remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício, pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, e pelas Organizações Sociais (OS), qualificadas consoante os dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.⁴⁵

Antes, em 1999, a Lei n. 9.790, que instituiu a qualificação de OS-CIP, previa textualmente a possibilidade de remuneração dos dirigentes executivos da entidade.⁴⁶

10. Vínculo jurídico do dirigente estatutário remunerado com a entidade

Apesar de os aspectos trabalhistas não serem objeto desta análise, devemos explorar, mesmo que superficialmente, qual seria o vínculo jurídico do dirigente estatutário para com a entidade.

Noutras palavras, indaga-se se o diretor estatutário deve ser contratado como empregado, com contrato sob a regência da Consolidação das leis do Trabalho - CLT -, ou pode sê-lo de outra forma.

A Lei n. 12.868/13 nada especifica sobre o assunto. Ao alterar o art. 29 da Lei n. 12.101/09, ela prevê a existência de vínculo empregatício entre a entidade e os diretores não estatutários, o que não é foco:

§ 1º A exigência a que se refere o inciso I do caput **não impede:**

45 BRASIL. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10637.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

46 Lei n. 9.790/99, Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: [...] VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação; BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício;⁴⁷

A norma jurídica que rege as relações de trabalho é a Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, que traz a regra geral a ser observada.⁴⁸

Porém, há alternativas à imposição da regra geral, dependendo do cotidiano que será estabelecido entre a instituição e os seus dirigentes estatutários e do seu relacionamento, a partir da aplicação do princípio da primazia da realidade.

Neste viés, nada impede que, ao invés da relação de emprego clássica, regida pela CLT, as partes firmem contrato de prestação de serviços, à luz do Código Civil⁴⁹, caso, por exemplo, os serviços sejam prestados em periodicidade menor do que 3 (três) dias por semana e ausente esteja a subordinação, de acordo com várias facetas e vertentes desta.

O caso concreto é que irá sugerir a forma jurídica ideal pela qual a relação jurídica deverá ser instrumentalizada.

Conclusão

Diante do cenário jurídico rapidamente traçado e a partir da análise do objetivo e da intenção do legislador trazidos ao mundo jurídico pela Lei n. 12.868/13 entende-se que a adoção da prática de remuneração de diretores estatutários, pelo exercício de tais atividades, por parte das entidades que possuem o CEBAS, não impede e nem coloca em risco a manutenção de referido certificado e nem a suspensão do gozo da imunidade tributária em relação a outros impostos, como o sobre a renda, por exemplo.

47 BRASIL. Lei n° 12.868, de 15 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12868.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

48 CLT, Art. 3° - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

BRASIL. Decreto-lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

49 Código Civil - Lei n. 10.406/02, Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

Para efeito de concessão ou manutenção do CEBAS conclui-se que:

- a) não há mais a necessidade de obtenção prévia do título de utilidade pública federal, nem estadual e nem municipal para a sua obtenção;
- b) é possível a remuneração da diretoria estatutária a partir do cumprimento dos requisitos estampados na Lei n. 12.101/09 e suas alterações, inclusive pela Lei n. 12.868/13, sem prejuízo do gozo da imunidade tributária;
- c) a redação do estatuto deve ser adaptada ao previsto na nova lei, se assim os associados decidirem. Invariável e historicamente, o estatuto das entidades sem fins lucrativos possuidora de títulos traz artigo que proíbe qualquer remuneração dos dirigentes estatutários. Portanto, a entidade que desejar se utilizar do novo permissivo legal deverá reformar o estatuto para inverter a previsão até então estampada, sob pena de não poder assim agir ou agir de forma ilegal, frente a previsão contrária ao pretendido;
- d) as normas jurídicas até então existentes que proibiam a remuneração da diretoria estatutária de entidades sem fins lucrativos e impediam o gozo livre da imunidade tributária caso a instituição procedesse de modo contrário foram alteradas por leis supervenientes que previram justamente tal hipótese, ou seja, a remuneração da diretoria estatutária sem que isso implique a perda do gozo da imunidade tributária;
- e) O Código Tributário Nacional, a Lei n. 9.532/97, o Decreto n. 3.100/99 e o atual entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil não se constituem em impeditivos legais que possam ser invocados para não se remunerar os componentes da diretoria estatutária de uma entidade portadora do CEBAS.
- f) nenhum órgão, aí incluídos os Conselhos de Assistência Social municipais, estaduais e nacional, ou de qualquer outra representatividade, nem autoridades de quaisquer esferas, poderão editar normas jurídicas que contraponham a per-

missão contida na Lei n. 12.868/13, sob pena de ilegalidade, que poderá facilmente ser questionada no Poder Judiciário.

É claro, natural e histórico que a fiscalização, representada basicamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, pode questionar, criar obstáculos ou inventar “teses jurídicas” para tentar descaracterizar este beneplácito legal.

Entende-se, todavia, que o raciocínio aqui explanado encontra amparo na legislação abordada, o que não impede a alteração da conclusão, a partir de contextos eventualmente não contemplados.

maio de 2014

Referências

BRASIL. Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei n° 91, de 28 de agosto de 1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0091.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9532.htm>. Acesso em 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10637.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.868, de 15 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12868.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Mensagem de Veto nº 413, de 24 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-413.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

ESTADO DE SÃO PAULO: Lei Complementar nº 846, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1998/lei.complementar-846-04.06.1998.html>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

ESTADO DO MATO GROSSO. Lei Complementar nº 150, de 8 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/leis/lei_6091.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

ESTADO DO PARÁ. Lei nº 5.980, de 19 de julho de 1996. Disponível em: <<http://www.alepa.pa.gov.br/portal/detalheLei.php?idLei=cGNkV29iaGJzSDQwdzBjcVlrUHpmTDg9>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

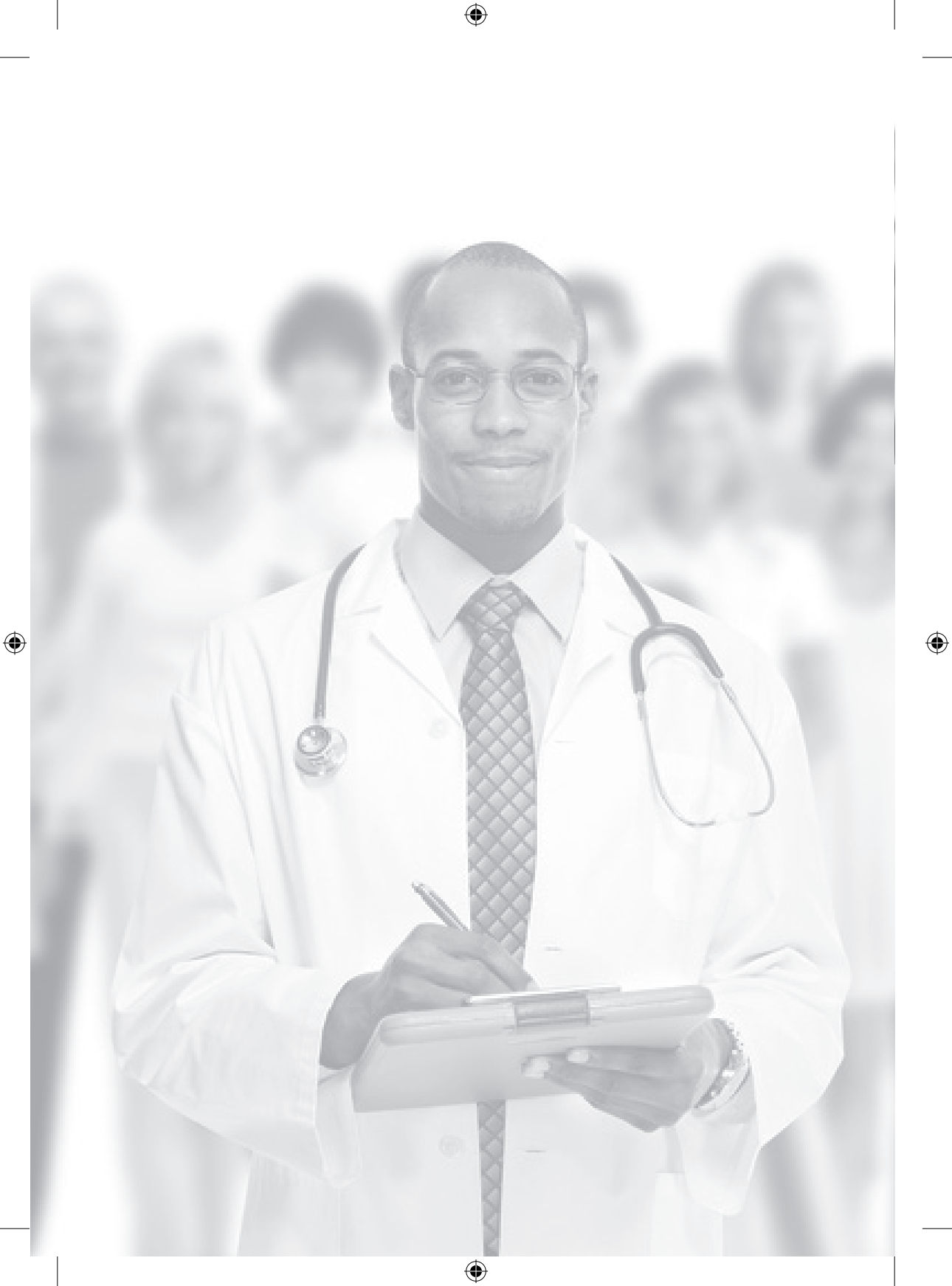
MEREGE, Luiz Carlos, Márcia Moussallem (Org.). **Dicionário do Terceiro Setor**. São Paulo: Plêiade, 2011.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei nº 14.132, de 24 de janeiro de 2006. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2006/1414/14132/lei-ordinaria-n-14132-2006-dispoe-sobre-a-qualificacao-de-entidades-sem-fins-lucrativos-como-organizacaoessociais?q=14132>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEIXEIRA, Josenir. A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios. **Revista de Direito do Terceiro Setor** – RDTS, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 125-153, jul./dez. 2012.

TEIXEIRA, Josenir. Anotações sobre as alterações produzidas pela Lei nº 12.868/13 na concessão ou renovação do CEBAS. **Revista de Direito do Terceiro Setor** – RDTS, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 51-70, jul/dez 2013.





DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL: PODER JUDICIÁRIO, POLÍTICAS PÚBLICAS E RESERVA DO POSSÍVEL

*BRAZIL HEALTH FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT AND
PUBLIC HEALTH SERVICE: JUSTICE, PUBLIC POLICY
AND FUND RESERVE OF POSSIBLE*



Marina Zuan Benedetti Chenso

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Gama Filho\RJ; advogada e professora universitária.

SUMÁRIO: 1. Análise do direito fundamental à saúde em comparação com a prestação do serviço de saúde pública no Brasil. 1.1. Reforma do Estado e prestação do serviço de saúde. 1.2. Direito de saúde como direito coletivo. 2. Reserva do possível e direito fundamental à saúde. 2.1. Percepção da jurisprudência a respeito da obrigatoriedade do Poder Público em executar as demandas na área da saúde. 2.2. Critérios objetivos de aferição da prestação dos serviços de saúde pelo Poder Público a partir da natureza jurídica do direito fundamental social à saúde. Referências.

RESUMO: O Direito à saúde, no Brasil, tem natureza transindividual difusa, e sua prestação, transindividual coletiva, de acordo com a construção do Estado Social, na manutenção dos direitos sociais, como fonte de tratamento isonômico da população na promoção da justiça. Um dos problemas enfrentados hoje é a intervenção do Poder Judiciário no julgamento de demandas individuais, que obrigam o Estado a prover procedimentos, muitas vezes executados no exterior, com gasto exorbitante. A ineficiência da utilização da teoria da reserva do possível como argumento de negativa destes direitos, assim como, o conteúdo das decisões, carentes de razoabilidade, acabam desnaturando o direito social e o transformando em direito individual. Identificar requisitos objetivos para essa concessão se torna fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. reserva do possível. decisões judiciais. saúde pública.

ABSTRACT: *Brazilian health rights have transindividual legal nature and its provision may reach the collectivity, because*

of the Social State structure with the social rights, as a social justice source. One of the problems in Brazilian Public Health Service nowadays is the Justice intervention with the individual judgments that require the State to pay the expensive bill in cases of procedures abroad executed. The research aim is to show the fund reserve of possible inefficiency, in the way it is used, and the lack of technical judgment, without reasonableness, that denature these rights and make them become an individual right. In the end, try to identify some objectives to ensure this rights, by constitutional hermeneutic.

KEYWORDS: *Health right. fund reserve of possible. judgment. public health.*

1. Análise do direito fundamental à saúde em comparação com a prestação do serviço de saúde pública no Brasil

1.1. Reforma do Estado e prestação do serviço de saúde

No Brasil, foi a partir da Constituição de 1934 que se pôde indicar as expressões saúde e assistência (artigo 10) como matéria de competência concorrente da União e dos Estados. Em 1937, o texto foi modificado para dar competência privativa à União legislar sobre ‘normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, especialmente, da saúde da criança’ (artigo 16) permitindo-se aos Estados, sob a égide de lei nacional, suprir as lacunas para regular ‘assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais’ (artigo 18, ‘c’).

A Constituição de 1946 apenas indica a competência da União para legislar sobre matéria de saúde. Em 1967, a Constituição passou a prever como competência da União, estabelecer planos nacionais de saúde, demonstrando a necessidade de uma atuação mais efetiva do Estado sobre a promoção do Direito de Saúde, e mantém a determinação de 1946. Em 1969, a emenda constitucional incluiu no texto normativo

a obrigação dos Municípios de aplicar seis por cento de seu orçamento, proveniente do fundo nacional de participação, em programas de saúde, além de incluir benefícios processuais às demandas relacionadas à saúde.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a saúde figurou como direito social expreso, regulado em capítulo específico, desvinculado da previdência social¹. O regime de prestação dos serviços de saúde, atualmente, está previsto nos artigos 196 e seguintes, os quais indicam um direito social, fundamental, público subjetivo. A partir deste fato o Estado deverá atuar de forma a viabilizar tal Direito. Essa mudança paradigmática na estrutura de identificação do direito à saúde teve como consequência a mudança na atuação do Estado de forma a influenciar os moldes dessa intervenção.

Partindo dos ensinamentos de Luiz Carlos Bresser Pereira, quem propôs a reforma administrativa do Estado, é possível elencar quatro problemas a serem enfrentados para promover a eficiência na prestação dos serviços públicos: delimitação do tamanho do Estado; a redefinição do papel regulador do Estado; recuperação da governança, no sentido da capacidade financeira de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e, o aumento da governabilidade, ou seja, capacidade política do governo de cumprir suas responsabilidades e de intermediar interesses públicos e privados, para garantir sua legitimidade².

São quatro componentes necessários para o nascimento deste novo modelo: (a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoas através de programas de privatização, terceirização e publicização, entendida como a transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos prestados pelo Estado; (b) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado (...); (c) o aumento da governança do Estado, ou seja, sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que desenvolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma

1 DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 133.

2 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reformado Estado dos anos 90: **Lógica e Mecanismos de Controle**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997, p.07

administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas do Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; (d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças a existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta³.

A intervenção estatal na prestação de serviços de saúde é de tal ordem que, se pode dizer, está submetida a um regime jurídico especial normativo e de fiscalização. As justificativas deste controle estatal são porque, em face da relevância deste bem jurídico: i) não é permitido deixá-lo ao regime tradicional da autonomia privada (setor de relevante interesse público); e, ii) por ser direito de todos, é atribuição dos governos garantirem o cumprimento deste dever, sob qualquer regime de prestação. Esta estrutura, que apresenta as possibilidades de prestação dos serviços de saúde, reflete a opção brasileira de 1988, confirmada pela EC19/98, com vista a implementar o modelo de administração pública gerencial.

Tem-se que o Estado, organização burocrática, detém o *poder extroverso* sobre a sociedade civil e possui três áreas de atuação: as atividades exclusivas; os serviços sociais e científicos; e, a produção de bens e serviços para o mercado. O *poder extroverso* do Estado significa ter um poder que ultrapasse seus funcionários e atinja diretamente à sociedade, ou seja, poder de legislar e punir, de tributar e realizar transferências de recursos denominados pela ciência das finanças de *a fundo perdido*.

As atividades exclusivas do Estado podem ser divididas em três categorias: as provenientes do regime Liberal, o que significa as atividades de monopólio por meio das quais o Poder Estatal é exercido (Função Executiva, Função Legislativa e Função Jurisdicional); as atividades Econômicas, para garantir a estabilidade da moeda e dos sistemas financeiros, além de assumir a responsabilidade pela fiscalização dos serviços; e, as atividades Sociais, que circundam a promoção de políticas

3 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reformado Estado dos anos 90: **Lógica e Mecanismos de Controle**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997, p. 18-19

públicas. Estas últimas são elencadas como atividades exclusivas pelo fato de o mercado não as remunerar de forma adequada, contudo, serem atividades necessárias a qualquer sociedade já que envolvem direitos humanos de seus cidadãos.

A primeira categoria de atividades deve ser entendida de forma simples como monopólios do Estado pela própria garantia do sistema republicano democrático. A produção de bens e consumos para o mercado deve ter menos intervenção estatal por um motivo mais prático que ideológico, ou seja, a atividade empresarial não é própria do Estado e pode ser muito melhor controlada pelo mercado.

Entre as atividades exclusivas do Estado e a produção de bens e serviços para o mercado existe uma série de atividades na área social e científica que não são exclusivas do Estado, porque não envolvem seu Poder, ao passo que ficam sendo atividade exclusiva seus financiamentos, mas não a execução dessas atividades. Ocorre que não há razão para que essas atividades permaneçam como monopólio do Estado, contudo, não se justificam que elas sejam privadas. É nesse sentido que Bresser Pereira se utiliza da expressão *publicização*, com o intuito de identificar a transferência para o setor público não-estatal, de forma a distinguir esse processo de reforma do de privatização. Defende que existem três tipos de propriedade: propriedade privada, propriedade estatal e propriedade pública não estatal.

Analisando essa classificação diante do que está definido pela Constituição Brasileira de 1988, em matéria de saúde, pode-se afirmar de que não existe monopólio do Estado e, por isso, há possibilidade de ser prestado pelas três esferas mencionadas. Mesmo por meio desses processos de modernização administrativa a eficiência pretendida não foi alcançada, conforme denunciam os meios de comunicação e organizações não-governamentais.

Para este trabalho, o enfoque abordado será a obrigatoriedade de promoção da política pública, de forma, muitas vezes, indiscriminada, via Poder Judiciário, para que o Estado forneça essa prestação de serviço com as características individuais da esfera privada, por meio do Sistema Único de Saúde, contrariando os aspectos econômicos e hermenêuticos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Essa é a razão pela qual é preciso compreender a composição ideológica do sistema econômico brasileiro, a natureza jurídica do Direito à Saúde no Brasil, as características da prestação do serviço de saúde pública, a perspectiva utilizada pela jurisprudência e a teoria da reserva do possível como meio de conter as demandas judiciais.

1.2. Direito de saúde como direito coletivo

Os direitos sociais são classificados como de segunda geração, pois surgiram por meio de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes⁴ e exigem prestação positiva do Estado, que, ao contrário dos direitos de primeira geração (direitos de liberdade, ou um não agir do Estado) exigem prestações negativas do Estado, ou seja, um não agir. Entretanto, foram inseridos nos ordenamentos jurídicos a partir da segunda metade do século XX. Tanto os direitos de primeira, quanto os de segunda geração nasceram para limitar a intervenção coercitiva do Estado, no sentido de prestigiar ações fundamentadas na busca do bem comum, traduzido no interesse público.

Celso Lafer⁵ faz a distinção entre as gerações dos direitos, quando explica como devem ser distintas as técnicas jurídicas de fruição das duas gerações de direitos humanos. Na estrutura dos direitos de segunda geração, o atendimento dos direitos depende do Estado, requerendo que o Direito desempenhe uma função de promoção dos indivíduos na sociedade por meio da ampliação dos serviços públicos.

Para viabilizar a democracia no mundo contemporâneo, é preciso superar a desarmonia entre o papel do Estado na sociedade e a interpretação dos direitos de segunda geração, mais especificamente os direitos sociais aqui considerados, por meio de uma 'dialética que subordina a contradição à complementaridade'⁶, no intuito de reafirmar o pressuposto da dignidade, traduzido, nesse caso, pelos princípios da isonomia

4 BOBBIO Norberto. **A Era dos Direitos**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 04.

5 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 128-130.

6 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 128-130.

e da equidade, com políticas direcionadas a todos os membros da coletividade e, não mais, apenas a um indivíduo isoladamente⁷.

Nessa perspectiva, interessante o conceito de Direitos Sociais sugerido por José Afonso da Silva, quem entende como

[...] dimensão dos direitos fundamentais do homem, sendo prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a diminuição de situações sociais desiguais (manifestação secundária do direito de igualdade)⁸.

Na construção do pensamento expresso por este trabalho, faz-se necessário a fixação destas perspectivas direcionadas à promoção da dignidade, da isonomia e da equidade, por meio da promoção de um direito social como entende o jurista, reforçando o aspecto equitativo, como *manifestação secundária do direito de igualdade*.

Os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição prestação que constitui seu objeto⁹, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Em que pese Sarlet¹⁰ entender que “os direitos sociais se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundido com os direitos coletivos”, como a efetivação parte de uma ação governamental, a análise de necessidades é realizada a partir de macroproblematizações na órbita do direito coletivo. Interesse Público, protegido por normas de interesse público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao bem estar coletivo. Substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito, para vincular a decisão

7 BOBBIO Norberto. **A Era dos Direitos**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 04.

8 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.284.

9 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 128-130.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.53.

da Administração em interesses públicos supremos sobre os interesses individuais¹¹.

No sistema Constitucional Brasileiro, passou a ser imprescindível a intervenção do Estado na promoção das políticas públicas como meio viabilizador de sua efetividade, no sentido do financiamento, execução e fiscalização, para acompanhar o viés social da norma, paralelo aos ideais liberais. A evolução política e social dos sistemas jurídicos culminou na constitucionalização do modelo brasileiro de promoção de políticas públicas, efetivado por meio das conversões de recursos públicos às áreas sociais, as quais surgem como garantia mínima, por meio de repasses automáticos de verbas públicas, promovendo a igualdade de acesso entre os entes federativos.

Nesse sentido, Teixeira indica que as políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais¹². A relação Estado-sociedade e os benefícios trazidos a partir dela é que legitimam a qualidade das políticas públicas, ou seja, quando a sociedade aprova a atuação governamental, a política é legítima.

Elaborar uma política pública necessita de definições relacionadas com a natureza do regime político em que se vive, com o grau de organização da sociedade civil e com a cultura política vigente. As políticas públicas tratam de recursos públicos diretamente ou através de renúncia fiscal (isenções), ou de regulares relações que envolvem interesses públicos. Daí a necessidade do debate público, da transparência, da sua elaboração em espaços públicos. As políticas públicas visam responder a demandas, principalmente dos setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. Essas demandas são “interpretadas por

11 PIETRO, Maria Sylvia Zanellodi. **Direito Administrativo**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.66.

12 TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade**. Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia, Controle Social de Políticas Públicas, 2002. Disponível em: <http://www.fit.br/home/link/texto/politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2014. p. 1-11.

aqueles que ocupam o poder, mas influenciadas por uma agenda que se cria na sociedade civil através da pressão e mobilização social¹³.

A importância maior das políticas públicas é seu objetivo de ampliar e efetivar direitos de cidadania reconhecidos institucionalmente, e trazer à realidade, praticamente, o núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito, traduzido pelo resgate da dignidade das pessoas. A consequência, a certo prazo, é a melhora no índice de desenvolvimento humano.

Teixeira ainda aponta outra função para essas políticas: regular conflitos entre os diversos atores sociais que, mesmo hegemônicos, têm contradições de interesses que não se resolvem por si mesmas ou pelo mercado e necessitam de mediação. Os objetivos das políticas têm uma referência valorativa e exprimem as opções e visões de mundo daqueles que controlam o poder, mesmo que, para sua legitimação, necessitem contemplar certos interesses de segmentos sociais dominados, dependendo assim da sua capacidade de organização e negociação¹⁴.

O interesse público vem ao encontro do interesse social na determinação da demanda de atuação do Estado, permeada pelos princípios da Universalidade e da Equidade. Universalidade no sentido de que todos devem ter acesso ao sistema oferecido pela Administração Pública, e Equidade, no sentido de que esse tratamento deve atender a todos de forma igualitária, equitativa: o serviço oferecido para um deve estar disponível para os demais, que se encontrem nas mesmas condições e circunstâncias. Fica mais visível a qualidade de direito coletivo para os direitos sociais na verificação prática da concretização destes, por meio das políticas públicas.

O que leva à necessária distinção hermenêutica entre o direito fundamental à saúde e a prestação de serviço de saúde pública. Enquanto o primeiro tem caráter metaindividual-ou transindividual – difuso,

13 TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade**. Publicado em Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia, Controle Social de Políticas Públicas, 2002, p 1-11. Disponível em http://www.fit.br/home/link/texto/politicas_publicas.pdf acesso em 27/07.

14 TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade**. Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia, Controle Social de Políticas Públicas, 2002. Disponível em: http://www.fit.br/home/link/texto/politicas_publicas.pdf. Acesso em: 27 jul. 2014. p. 1-11...

porque prestigia a todos indeterminadamente, em seu aspecto teórico, na prática, a partir de uma situação fática, a prestação do serviço de saúde pública engloba grupos de pessoas determinadas e categorizadas, de acordo com a conveniência e oportunidade do Poder Público em sua atuação discricionária na composição das políticas públicas, mas sempre respeitando os parâmetros constitucionais.

Isso, para ser contraposta à composição do aspecto privado na prestação do serviço de saúde, que seleciona quem pode pagar. Um exemplo para essa categorização é a determinação, pelo Poder Público, da faixa etária, sexo, idade ou condições sociais, na distribuição de vacinas, ou na distribuição dos medicamentos de pressão, na autorização para a plástica dos pacientes que fizeram cirurgia bariátrica, etc. No caso da cirurgia bariátrica, em que pese existam vários procedimentos cirúrgicos, o SUS oferece um tipo gratuito disponível ao médico de plantão, enquanto no setor privado, o paciente poderá escolher o seu cirurgião e o seu procedimento.

Portanto, estabelecida a premissa de que a prestação do direito à saúde deve prestigiar à coletividade, é preciso determinar, de maneira clara, o que se quer dizer com o termo *coletividade*. Os interesses difusos transindividuais, estão categorizados em um formato diferente dos direitos coletivos, porque este abrange ‘grupos determinados de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base’ (art. 81, II, CDC).

Esse deve ser o contexto respeitado pelo magistrado ao determinar o cumprimento das demandas judiciais e esse também deve ser o contexto respeitado pelo administrador, ao alegar, como parâmetro limitador, a reserva do possível.

2. Reserva do possível e direito fundamental à saúde

2.1. Percepção da jurisprudência a respeito da obrigatoriedade do Poder Público em executar as demandas na área da saúde

Está praticamente pacificado, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na exigência do cumprimento do dever estatal de promoção das políticas públicas referentes à concretização dos direitos sociais, neste caso, o direito fundamental à saúde. Contudo, não são raros os casos em que a cláusula da reserva do possível é utilizada como fundamento de impossibilidade fática para essa concretização.

Ana Paula de Barcellos identifica essa expressão *reserva do possível* como a identificação do “fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”¹⁵.

De acordo com Mânica, essa teoria, na sua origem, não se refere somente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito, mas “à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação”¹⁶. Isso significa que além de alegar a inviabilidade da prestação na previsão orçamentária, deve-se comprovar efetivamente essa impossibilidade e verificar o quanto a demanda é razoável, na prática.

Defende ainda o autor que

Tal viés da teoria da reserva do possível é importante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades – mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais – são ilimitadas e os recursos são escassos¹⁷.

15 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

16 MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria Da Reserva Do Possível: Direitos Fundamentais A Prestações E A Intervenção Do Poder Judiciário Na Implementação De Políticas Públicas**. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, p 11, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

17 MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 32, p. 121-132, abr./jun. 2008.

Seguindo esse critério, o autor finaliza a análise identificando a proporcionalidade como critério de ponderação dos bens jurídicos tutelados:

Colocadas nos devidos termos as interpretações acima comentadas, a teoria da reserva do possível, tal qual adotada na decisão paradigma do *NumerusClausus* (STJ, Resp nº 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 21.09.06), deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de determinado direito social. Isso significa que pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade¹⁸.

Mesmo com a análise factual dos casos concretos, a limitação orçamentária e a ponderação dos bens jurídicos tutelados, falta à jurisprudência homogeneidade nas decisões judiciais, o que gera alto grau de insegurança jurídica.

O conteúdo dialógico das demandas relacionadas à prestação dos serviços de saúde está basicamente situado na contraposição da cláusula da reserva do *financeiramente* possível em face tradução do direito de saúde como decorrente do direito à vida e à dignidade, em análise superficial da estrutura complexa a que essa prestação está submetida.

Como será demonstrado a seguir, essa superficialidade não é suficiente para promover efetivamente a obediência ao direito constitucional, de acordo com uma interpretação sistemática do instituto, via interpretação conforme a Constituição.

Para ilustrar a distorção gerada pela análise individual as demandas cujas decisões implicaram em tratamentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), tem-se o caso emblemático de 2004, em que o Tribunal Regional Federal da 1ª região determinou que o SUS arcasse com as custas de um tratamento de linfoma de Hodgkin (câncer), executado nos Estados Unidos, estimado em aproximadamente duzentos e dezenove mil dólares¹⁹.

A União alegou que o ato abriria precedente para os demais pacientes em situação semelhante (o que poderia gerar um grande dano ao

18 Idem.

19 TRF 1ª região, AG 2004.01.00.004219-5 / PA - Desembargadora Selene Maria de Almeida, quinta turma, publicado DJ em 13/09/2004.

erário), além de, via parecer técnico, não estarem esgotadas todas as possibilidades de tratamento médico no Brasil. Esses argumentos foram rejeitados sob a interpretação de que o direito à vida é individual fundamental, devendo se sobrepor ao interesse meramente financeiro do Estado.

Outro caso similar, publicado dez anos depois, foi a imposição judicial à União de custear um transplante multivisceral para uma bebê de sete meses, no valor aproximado de dois milhões e quatrocentos mil reais, além de todos os gastos extras, executado também nos Estados Unidos, por opção da família, apesar de o SUS proporcionar o mesmo procedimento no território nacional a um custo infinitamente menor. A justificativa para a concessão foi que nos Estados Unidos a cirurgia era feita há mais tempo, como traduz o trecho *in verbis* da decisão:

Por fim, o Hospital das Clínicas de São Paulo apresentou-me em mãos, nesta data, ofício informando que, diante da recusa dos pais na realização de qualquer procedimento cirúrgico no âmbito desta Instituição, “não se vislumbra qualquer possibilidade de que o transplante multivisceral venha a ser realizado no âmbito do Instituto da Criança do HC, desde que corretamente indicado”, reiterando, ainda, os termos dos ofícios de fls. 500/501 e 507/636, no sentido de que a nutrição endovenosa poderia ser realizada em qualquer outro serviço com recursos adequados a tal finalidade ou mesmo em tratamento domiciliar.(...)A mãe explicita insistentemente que ‘não permitirá que nenhum médico do Serviço toque na criança’, referindo-se ao fato que não permitirá a realização de qualquer procedimento cirúrgico, no âmbito do Hospital das Clínicas. Desta forma, não se vislumbra qualquer possibilidade de que o transplante multivisceral venha a ser realizado no âmbito do Instituto da Criança do HC, desde que corretamente indicado.Embora a equipe médica do Instituto da Criança entenda que o diagnóstico mais provável seja, de fato, a síndrome de hipopertensão intestinal associada à malformação urinária (Síndrome de Berdon), seria necessária a confirmação do diagnóstico por meio de outros exames (laparoscopia exploradora e exames de endoscopia digestiva), o que tem sido impedida pela mãe. Assim sendo, no presente a criança encontra-se internada na Enfermaria de Cirurgia do Instituto da Criança sem qualquer evolução quanto ao seu diagnóstico, em tratamento com nutrição endovenosa, [...]”²⁰ – grifo meu

20 TRF, 3ª região - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP, Desembargador Federal MÁRCIO MORAES, 30/05/2014.

Diante da recusa dos pais, em função das normas brasileiras a respeito de tratamento de saúde, o hospital fica impedido de realizar o procedimento. Se fosse autorizado, haveria a possibilidade de ser executado no Brasil, pelo SUS. A mãe impediu a confirmação do diagnóstico, quando era possível no renomado hospital. Essa decisão foi concedida com base em um parecer favorável do Ministério Público Federal.

Em contrapartida, o mesmo Poder Judiciário, anteriormente, negou provimento em vários pedidos de tratamento da retinose pigmentar no exterior, alegando a vedação imposta pela portaria n. 763\1994 do Ministério da Saúde de custeio pelo SUS de tratamento executado no exterior. Para outros casos da mesma natureza concedeu a ordem afastando a portaria. Interessante perceber as datas em que foram proferidas as decisões, no sentido de observar a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na análise dos casos. Estão abaixo as ementas *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde. “O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo” (Ives Gandra da Silva Martins, in “Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso especial provido.²¹

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. UNIÃO. TRANSPLANTE DE ÓRGÃO NO EXTERIOR. ALEGADA LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA E À SAÚDE PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. 1. Cabe à Administração fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem

21 STJ – 2ª T. - RESP 353.147 – Rel. Min. Franciulli Netto – DJ 18.08.2003, p. 187.

ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. LEGITIMIDADE DA PORTARIA N. 763, DE 07.04.1994. 1. A Primeira Seção desta Corte, no MS n. 8.895/DF, julgado em 22.10.2003, considerou legítima a Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, que vedou o financiamento de tratamento médico no exterior pelo SUS. 2. Recurso especial a que se nega provimento.²³

Nesse contexto, é possível perceber que o Superior Tribunal de Justiça considera legítima a proibição do Poder Executivo em custear as demandas de tratamento de saúde no exterior, pela portaria do Ministério da Saúde, enquanto os Tribunais Regionais Federais nem mencionam referida portaria e rechaçam o argumento da União de dano ao erário.

Não se percebe em nenhum caso apresentado, a análise da natureza jurídica do direito de saúde ou da prestação de serviço de saúde,

24 STJ – 1ª T. - EEEARE 1.028.835 – Rel. Min. Luiz Fux – DJE 02.03.2010.

nos moldes estabelecidos pela hermenêutica jurídica e pela própria legislação pátria, sedimentada nos preceitos constitucionais.

Ao verificar os argumentos jurídicos para a concessão desses tratamentos, percebe-se que a natureza jurídica do direito de saúde passa a ser exclusivamente individual embasada na fundamentação do Tribunal, a partir do direito à vida. O direito à saúde, de segunda geração, cuja natureza é transindividual difusa, ou seja, deveria atingir todos indistintamente, passa a prestigiar apenas uma pessoa.

Pergunto: todas as pessoas nas mesmas circunstâncias poderão executar a cirurgia de transplante visceral nos Estados Unidos ao custo de quase dois milhões e meio de reais? Existindo a possibilidade de tratamento no Brasil, seria possível estender a eficácia do Sistema Único de Saúde para o exterior?

São essas perguntas que podem indicar o juízo de razoabilidade, constante da análise original da reserva do possível. O direito financeiro – a composição orçamentária – é muito mais complexo do que a alegação de que não existe verba suficiente. O orçamento da saúde é limitado e necessita, além da prova da ausência de condições do erário, da análise de razoabilidade a respeito das ordens judiciais a serem cumpridas do país, e agora, fora dele.

2.2. Critérios objetivos de aferição da prestação dos serviços de saúde pelo Poder Público a partir da natureza jurídica do direito fundamental social à saúde

O Brasil é um Estado Constitucional, isto é, possui um conjunto normativo escrito o qual é condicionante para todo o ordenamento, isto é, os demais instrumentos normativos brasileiros devem necessariamente estar em consonância com a Constituição Federal.

Ferrajoli, quando analisa o Estado de direito legal e o Estado constitucional de direito na atualidade, indica a existência de uma crise traduzida no colapso da capacidade reguladora da lei, que estimula o papel criativo da jurisdição e a perda da unidade das fontes normativas. E continua:

[...] a crise afeta o princípio da legalidade [...] E tem a sua gênese em dois fatores: a inflação legislativa e disfunção linguagem jurídica, os frutos de uma política que degradou da legislação à administração, indefinido a distinção entre as duas funções, tanto no campo das fontes como no conteúdo. As leis, em todos os sistemas avançados, agora se contam em dezenas de milhares e são feitas em uma linguagem cada vez mais escura e tortuosa, dado lugar por vezes intrincado emaranhado de labirintos normativos²⁵.

Nessa seara, o autor esboça uma solução:

Uma refundação do Estado Social sobre a base dos princípios de sujeição à lei, igualdade dos cidadãos e imunidade destes frente à arbitrariedade, requer uma distribuição de suas prestações segundo a lógica universalista das garantias dos direitos sociais em vez de intervenções direcionadas e seletivas do tipo burocrático. Mas a um esquema semelhante respondem as formas generalizadas, gratuitas e obrigatórias de prestação como a assistência sanitária (à saúde) e à educação para todos, que hoje existem como modalidades diversas a cargo da esfera pública segundo o paradigma da igualdade, que é próprio da forma universal dos direitos à saúde e à educação. Naturalmente estas garantias sociais têm um alto custo econômico. Mas se trata, precisamente, do custo da efetiva satisfação dos correspondentes direitos, que, por outro lado, ver-se-iam compensados com a redução dos produtos dos enormes aparatos burocráticos e parasitários que hoje administram a assistência social de maneira por vezes corrupta e com critérios arbitrários e discriminatórios.²⁶

É preciso retomar, neste ponto, às características do direito à saúde e da prestação do serviço de saúde pública e suas naturezas jurídicas. Além disso, coordenar essa composição com o orçamento público, no sentido de identificar em quais pontos do erário essas despesas extras vão interferir. E depois aplicar essas condições no juízo de razoabilidade para a determinação das medidas.

Não basta justificar a desorganização, a inconsistência ideológica do Estado e a falta de efetividade dos Direitos sociais na burocracia e na corrupção. É preciso, em primeira necessidade, determinar qual é a abrangência do direito que está sendo renegado à população, quais os

25 FERRAJOLI, Luigi. **Passado y Futuro del Estado de Derecho**. RIFP/ 17 (2001) 35-41 p. Tradução livre de próprio punho.

26 FERRAJOLI, Luigi. **Passado y Futuro del Estado de Derecho**. RIFP/ 17 (2001) 35-41 p. Tradução livre de próprio punho.

elementos formadores desse direito e quais as ações do governo – e da população, da mesma forma – são necessárias para dar efetividade à promoção dos meios de possibilidade desse direito.

Essa é a principal razão para que haja um empenho efetivo em determinar, pela via da hermenêutica constitucional, a dimensão e os critérios objetivos de aplicação do intitulado direito social à saúde, nos moldes da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

A construção de significado para a Constituição vai determinar, a partir do conteúdo da acepção alcançada, o avanço ou retrocesso do processo de construção do Estado de Direito, sem o qual não há possibilidade de realização da Democracia, pelo menos no estágio de civilização que encontra a humanidade nos tempos atuais²⁷.

Em que pese haja sentimentos humanos envolvidos, a análise de aplicabilidade deste direito, principalmente no que diz respeito à obrigatoriedade da prestação do serviço de saúde ou do fornecimento de medicamentos por meio das esferas judiciais deverá respeitar os critérios objetivos relacionados à natureza do direito envolvidos, qual seja, o respeito aos princípios da equidade e da universalidade, sob o conteúdo democrático da política brasileira. Isso significa promover a adequação das instituições políticas capazes de intermediar interesses dentro do Estado e da Sociedade Civil.

Levando em consideração todo o exposto anteriormente, poder-se-ia elencar como critérios primários objetivos de aferição do direito à prestação de serviço de saúde pelo Sistema único brasileiro, em um juízo de razoabilidade que: i) a prestação deverá ser isonômica, equitativa e, na medida do possível, universal; ii) os tratamentos deverão ser executados no Brasil, pelos hospitais públicos ou conveniados; iii) não deve ser possível o tratamento, financiado pela União, no exterior quando houver tratamento no Brasil, independente de qualquer motivação.

As conclusões apresentadas vêm no sentido de respeitar a natureza dos direitos sociais, em relação à sua condição de transindividual, difusa ou coletiva. O item *i* indica exatamente esta percepção e deve responder à pergunta: *essa prestação pode alcançar todos os demais seres*

27 GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2010, 98 p.

humanos na mesma condição? Nos exemplos acima deve responder se todas as crianças menores de um ano que precisarem de um transplante multivisceral serão alcançada pelo tratamento de dois milhões e meio de reais executado nos Estados Unidos?

De acordo com o exposto pelo processo em questão, as demais crianças que precisarem de um transplante multivisceral entrarão na fila e terão sua cirurgia realizada no Brasil, no hospital citado, que possui autorização e realiza o procedimento, financiado pela verba do Sistema Único de Saúde. Se essa verba é suficiente para a manutenção deste procedimento no hospital é outra discussão, a ser explorada em momento oportuno. A segunda pergunta, a partir deste panorama, *é o que essa criança possui, de tão especial, que merece um tratamento diferenciado quanto às demais, na mesma situação fática?*

O que se procura identificar, portanto, no quesito de razoabilidade, na perspectiva da reserva do possível é, justamente, compreender, nas questões orçamentárias, a possibilidade de prestigiar a coletividade transindividualmente em cada uma das políticas públicas. Assim, o judiciário intervir no sentido de obrigar determinado município a fornecer, no posto de saúde, a vacina gratuita para a população, é válido; discutir o procedimento das cirurgias bariátricas e obrigar o Estado a executá-las, também o é; entre outras ações já executadas pelo SUS.

Em contrapartida, a atuação dos Tribunais Federais, ao obrigar o Estado a pagar tratamentos particulares, cuja viabilidade existe pelo Sistema Único, dispendendo milhões de reais dos cofres públicos, sem verificar a sua possibilidade de disponibilização, confundindo a natureza jurídica do direito, que passa de transindividual para individual, promove a injustiça e a desigualdade. Ofender a equidade, a isonomia e a universidade, em um direito que as possui como elementos essenciais para sua execução prática é desconstituir o próprio direito e mudar a constituição do Estado Democrático.

Referências

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

BOBBIO Norberto. *A Era dos Direitos*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto; MANTTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11ª Ed. Brasília: UNB, 1998 p 261

CARDOSO, Fernando Henrique. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Brasília: Imprensa Nacional, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES Jr, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Passado y Futuro del Estado de Derecho*. RIFP/ 17 (2001) 35-41

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria Da Reserva Do Possível: Direitos Fundamentais A Prestações E A Intervenção Do Poder Judiciário Na Implementação De Políticas Públicas*. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, p 11, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>.

_____. *Racionalidade Jurídica e Racionalidade Econômica na Constituição de 1988*. 2006. Mimeo

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reformado Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997.

PIETRO, Maria Sylvia Zanellodi. *Direito Administrativo*. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

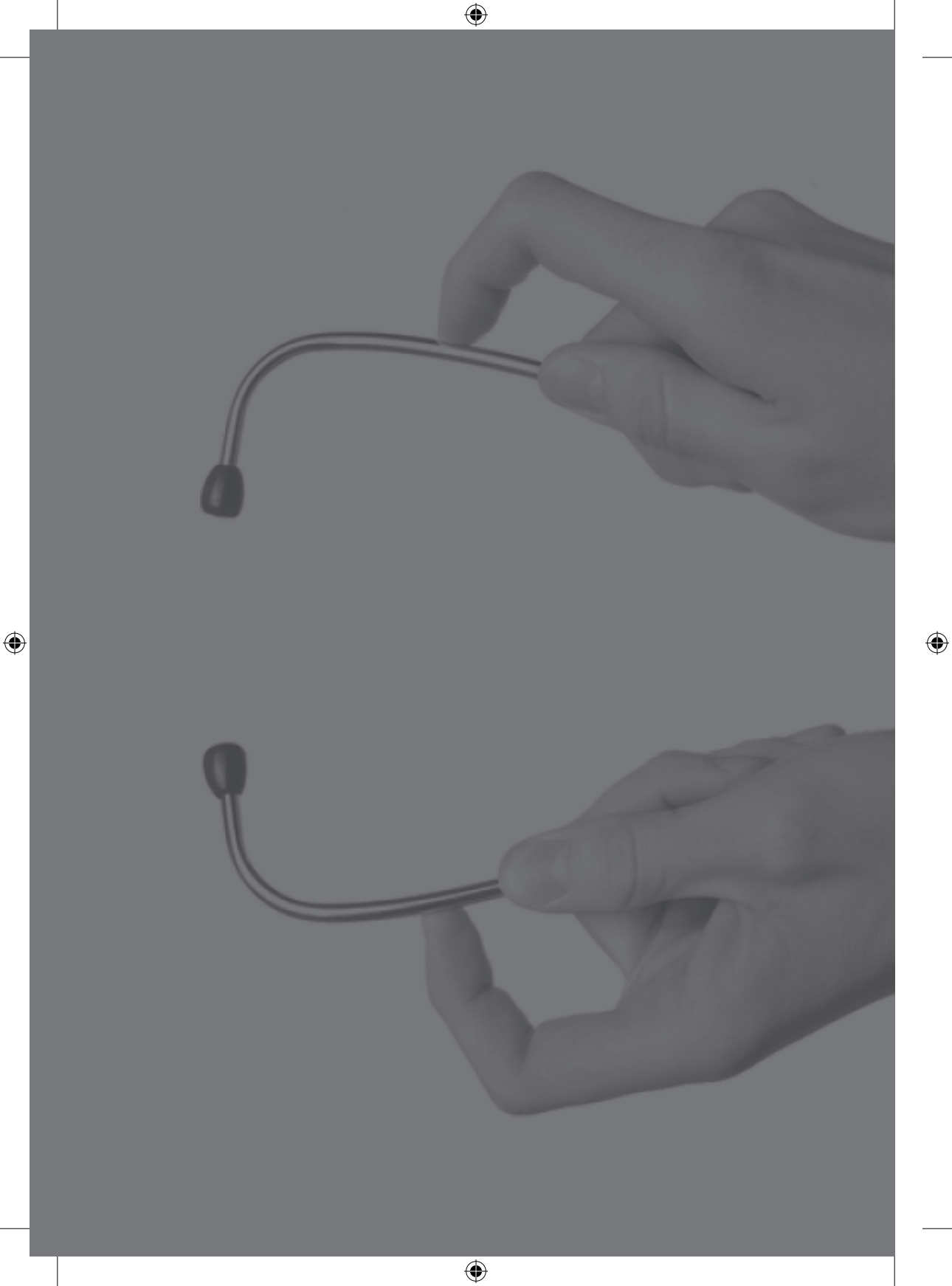
SILVA, Joséafonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo:Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade*. Publicado em Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia, Controle Social de Políticas Públicas, 2002, p 1-11. Disponível em http://www.fit.br/home/link/texto/politicas_publicas.pdf acesso em 27/07

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.trf1.jus.br>

<http://www.trf1.jus.br>





SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ESTADO DEVE ESTOCAR REMÉDIO CONCEDIDO POR ORDEM JUDICIAL

25/06/2014 PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 429.903 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE. DOENÇA DE *GAUCHER*. QUESTÃO DIVERSA DE TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. SOBRESTAMENTO. RECONSIDERAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER. PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A questão discutida no presente feito é diversa daquela que será apreciada no caso submetido à sistemática da repercussão geral no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio.

II – No presente caso, o Estado do Rio de Janeiro, recorrente, não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de *Gaucher*, buscando apenas eximir-se da obrigação, imposta por força de decisão judicial, de manter o remédio em estoque pelo prazo de dois meses.

III – A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em afirmar que não é necessário, para o prequestionamento, que o acórdão recorrido mencione expressamente a norma violada. Basta, para tanto, que o tema constitucional tenha sido objeto de debate na decisão recorrida.

IV – O exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes.

Precedentes.

V – O Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Precedentes.

VI – Recurso extraordinário 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 Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Roberto Barroso.

Brasília, 25 de junho de 2014.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

15/09/2009 PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 429.903 RIO DE JANEIRO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, salvo melhor juízo, essa matéria está afetada ao Plenário. Então, não podemos julgar. Não é a questão do fornecimento de medicamento.

A minha proposta seria no sentido...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, sou relator do recurso extraordinário no qual admitida a repercussão geral. Talvez seja interessante sobrestarmos este julgamento, para aguardar o crivo do Plenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Então, Senhor Presidente, a minha proposta é no sentido da sugestão do Ministro Marco Aurélio.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 429.903-8

PROCED.: RIO DE JANEIRO**RELATOR:** MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**RECTE.(S):** ESTADO DO RIO DE JANEIRO**ADV.(A/S):** PGE-RJ - SILVIA FABER TORRES E OUTRO (A/S)**RECDO.(A/S):** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**Decisão**

A Turma sobrestou o julgamento deste recurso extraordinário. Unânime. 1ª Turma, 15.09.2009.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. *Wagner de Castro Mathias Netto*.

Ricardo Dias Duarte

Coordenador

25/06/2014 PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 429.903 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça estadual assim ementado:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – DIREITO À SAÚDE – PORTADORES DA DOENÇA DE GAUCHER – MEDICAMENTO IMPORTADO – TRATAMENTO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO – INTERRUPTÃO – PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CONFLITO – PONDERAÇÃO DE INTERESSES E RAZOABILIDADE – PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

I - O HEMORIO é o hospital de referência no Estado do Rio de Janeiro para os portadores do mal de Gaucher, fornecendo, aos pacientes, cadastrados, o tratamento da doença, cujo único medicamento eficaz – CEREZYME – de custo elevado, é produzido por um fabricante dos EUA e importado pela Secretaria de Estado de Saúde;

II – Não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. Inexistência de afronta à independência de poderes;

III – Os atos da Administração Pública que importem em gastos estão sujeitos à reserva do possível, consoante a previsão legal orçamentária. Por outro lado, a interrupção do tratamento de saúde aos portadores do Mal de Gaucher importa em violação da própria dignidade da pessoa humana. Princípios em conflito cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de determinar que Administração Pública mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir 02 meses de tratamento aos que necessitem;

IV – Recurso e remessa oficial desprovidos (fl. 444).

No recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alega-se violação dos artigos 2º e 167, II, da mesma Carta.

Sustenta o recorrente que

“o Estado não pretende impugnar por meio do recurso constitucional o fornecimento da medicação pelo poder público, obrigação que provém do art. 196 da CF, que, à unanimidade da jurisprudência, é preceito de aplicação imediata.

O que se pretende, em suma, é reformar a decisão no que toca à determinação de que a Administração mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir 2 meses de tratamento aos que dele necessitem” (fls. 458).

Requer, em suma, o seguinte:

“Deve ser reformado o v. acórdão recorrido, visto que, a despeito de sua ilustre origem, afrontou o art. 2º da Constituição Federal, por ter determinado a aquisição antecipada de medicamento importado para o tratamento de doença que acomete 36 pessoas no Rio de Janeiro e a sua respectiva estocagem pelo prazo de 2 meses, e infringiu, ainda, o art. 167, II (sic) também da Constituição Federal, por não ter indicado os recursos que devem custear tal aquisição antecipada de medicamento de alto custo e nem demonstrado que o Estado tem efetivamente dinheiro em caixa para adiantar o valor da compra em grande quantidade do produto, sem prejudicar a gestão global da área de saúde da Secretaria de Estado de Saúde” (fl. 456).

O Ministério Público Federal, parte recorrida, apresentou contrarrazões às fls. 467-479, nos seguintes termos:

“O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, postulando a aquisição, pelo Estado do Rio de Janeiro, através da Secretaria Estadual de Saúde, do medicamento CEREZYME 200 UI, (que passou a fazer parte da lista de medicamentos de alta complexidade do Ministério da Saúde, art. 1º da portaria 23) – necessário ao tratamento dos portadores da doença de Gaucher – mantendo estoque suficiente para um período de 6 meses.

Como causa de pedir sustentou que com a omissão da Secretaria Estadual de Saúde em efetuar a importação do referido medicamento, os pacientes estão na iminência de interromper seus tratamentos, o que pode ocasionar um grave risco à saúde dos mesmos.

O d. Juízo a quo, às fls. 366/370, achou por bem julgar procedente o pedido do MPF, condenado o Estado do RJ a manter em estoque o medicamento CEREZYME 200 UI, para garantir 02 meses de tratamento dos que necessitam, havendo, desta forma, um real equilíbrio entre o direito dos pacientes, de

obter o fornecimento do medicamento com boa margem de segurança, e a possibilidade de o Estado de fornecer a verba necessária.

Inconformado, insurgiu-se o ESTADO DO RJ alegando, em síntese, a violação ao princípio da separação dos poderes, em virtude do juízo a quo ter invadido a esfera da discricionariedade da Administração Pública. (...)

Houve por bem a 4ª Turma do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação (...).

É importante, desde logo, consignar, que o recurso do Estado do Rio de Janeiro se insurge contra um ponto bem definido, qual seja, a usurpação da sua discricionariedade. (...)

Justamente reconhecendo a posição especial de que gozam alguns direitos, por isso considerados fundamentais, de há muito a doutrina no Brasil e no mundo vem reclamando, como melhor forma de protegê-los, certa relativização dos clássicos conceitos juspublicísticos (...)

Obviamente, que não se quer com isso submeter os ditames dos poderes políticos à discricionariedade do Judiciário, sem se levar em conta a reserva do possível, e de uma maneira geral todos os problemas de ordem material que a realização dos direitos sociais suscitam. (...)

É oportuno assinalar, também, que a decisão atacada considerou a repercussão orçamentária da providência tomada, na medida em que acolheu parcialmente o pedido do autor, determinando a manutenção do medicamento em estoque por dois meses, deixando protegida a saúde dos beneficiários do serviço, sem aniquilar a disponibilidade do Poder Público, que, a essa altura, já pôde se adaptar ao comando jurisdicional.

Ademais, compulsando os autos, conforme docs. 296 e 297, nota-se que o Poder Público se quedou inerte, diante do fato de não efetuar a importação do medicamento, ocasionando, assim a interrupção do tratamento médico. (...)

Desta forma, dúvida não nos resta que é cabível, no caso em tela, a ingerência do Poder Judiciário no que tange a determinação de estocagem por 2 meses – medida essa razoável – de modo que esta providência configura-se a mais adequada para a efetivação desse direito social” (fls. 467-477).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do presente recurso por ausência de prequestionamento (fls. 484-485).

Em 15/9/2009, trouxe o feito à apreciação da Turma, que decidiu sobrestar o julgamento do recurso, para aguardar a decisão de mérito no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, que teve a repercussão geral reconhecida (Tema 6 - dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo).

É o relatório.

25/06/2014 PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 429.903 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Bem reexaminados os presentes autos, tenho que o caso é de reconsiderar a decisão desta Turma que, na sessão do dia 15/9/2009, sobrestou o julgamento do recurso, para aguardar a decisão de mérito no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, que teve a repercussão geral reconhecida (Tema 6 - dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo).

Com efeito, a questão discutida no presente feito é diversa daquela que será apreciada no caso submetido à sistemática da repercussão geral. Conforme relatado, o Estado do Rio de Janeiro não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher. Da leitura dos autos, verifica-se que o medicamento é, em regra, disponibilizado aos que dele necessitam. O que motivou a ação foi um lapso na importação do medicamento pelo Estado.

A controvérsia a ser decidida nos presentes autos, portanto, é saber se a Administração Pública poderia ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque do referido medicamento, por um período de dois meses, no interesse de 36 pessoas que sofrem do mal no Estado do Rio de Janeiro, de modo a evitar novas interrupções no tratamento.

Por essas razões, voto pela reconsideração da decisão que sobrestou o feito e passo a examinar o recurso.

Preliminarmente, examino a controvérsia a respeito do prequestionamento. Ao contrário do que consta do parecer da Procuradoria-Geral da República, verifico que a questão objeto do presente recurso extraordinário foi devidamente ventilada no acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo*.

Com efeito, o cerne do inconformismo deste apelo extremo é, exatamente, a determinação de que se “*mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir 2 meses de trata-*

mento aos que dele necessitem” (fl. 458). E o acórdão recorrido cuidou, precisamente, desse tema.

A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em afirmar que não é necessário, para o prequestionamento, que o acórdão recorrido mencione expressamente a norma violada. Basta, para tanto, que o tema constitucional tenha sido objeto de questionamento na decisão recorrida. Nesse sentido, faça menção ao RE 141.788/CE, Min. Rel. Sepúlveda Pertence.

Conheço, pois, do recurso. E, superada a questão preliminar, passo ao mérito do recurso.

Tenho que o acórdão recorrido do Tribunal de origem deve ser mantido por seus próprios fundamentos. Leio do voto condutor:

“Inicialmente, resta incontroverso, que o HEMORIO – Instituto Estadual de Hematologia Arthur de Siqueira Cavalcanti – passou a ser o centro de referência para os portadores de doença de Gaucher no Estado do Rio de Janeiro. Também é certo que o único medicamento eficaz no tratamento da referida doença é o CERZYME, produto fabricado por um único laboratório situado nos Estados Unidos da América, capaz de proporcionar a adequada reposição das enzimas no organismo dos portadores daquela doença.

Insta salientar que a interrupção do tratamento nas pessoas acometidas pela doença de Gaucher importa no retorno da doença, cujas consequências são de gravíssima ordem para a saúde de qualquer ser humano, conforme relatado à fl. 44.

O atestado de fl. 296, emitido por médica do próprio serviço público estadual, e a declaração de fl. 297 estão a evidenciar que o medicamento CERZYME acabou no HEMORIO em 02/12/98, o que causou a interrupção do tratamento de pelo menos 12 pacientes.

Neste passo é que surge o ponto nodal da questão onde, agora, vislumbro a manifesta inadequação das providências tomadas pela Administração, de forma a autorizar a atuação da intervenção impositiva do Judiciário, sem que haja usurpação da esfera de atribuição da Administração Pública.

Com efeito, ainda que a Administração Pública pudesse estar em vias de aquisição do medicamento, já tendo inclusive expedido nota de empenho e ordem de pagamento, fato é que não satisfaz o interesse público colimado, no caso, a continuidade do tratamento de pessoas com doença Gaucher.

Destarte, partindo da premissa de que houve atuação manifestamente infrutífera da Administração Pública, considero que a sentença proferida pela digna Magistrada a quo não afronta o princípio da independência dos poderes. Ao revés, o concretiza no seu aspecto

harmônico, em que a ingerência de um poder sobre o outro afasta as arbitrariedades que possam ser cometidas por cada um, através do conhecido sistema de controle do 'checks and balances'.

Enfatize-se que o Poder Judiciário não está determinando as metas nem prioridades da Administração Pública, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas, o que se está a fazer é, sob a ótica da Administração, um efetivo controle da legitimidade de seus atos, o que se afigura perfeitamente possível quando tais atos desbordam os lindes do razoável, alcançando o universo do arbítrio. Some-se, a isso, a percepção do tema na seara da pretensão deduzida nestes autos e de seus beneficiários, que está a revelar um direito subjetivo inerente à própria dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à saúde, que, uma vez violado, não pode ficar à margem da jurisdição.

(...)

A diferença de um mês, determinada pela Juíza sentenciante, configura esta margem de segurança mínima a conciliar os interesses de ambas as partes e de superar eventuais problemas que possam ocorrer entre uma e outra importação do medicamento.

Por fim, observe-se que, se a aquisição do medicamento envolve valores consideráveis para o Erário Público, a interrupção do tratamento dos acometidos pela doença de Gaucher tem, por maior consequência, o sofrimento e debilidade dessas pessoas, mas não deixa de refletir em uma desídia para com o próprio Erário, na medida em que compromete os valores já anteriormente investidos no tratamento dessas pessoas.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso e à remessa oficial.

É como voto" (fls. 436-442 – grifos meus).

Com efeito, a decisão recorrida teve por pressuposto a falha do Estado em executar uma ação de saúde pública que ele mesmo se propôs a realizar. Essa ação se destina um grupo de portadores de doença rara e grave, o mal de Gaucher, que demanda tratamento contínuo. Aplica-se, assim, por analogia, o entendimento que esta Corte possui no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, transcrevo ementas de julgados de ambas as Turmas desta Corte:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. SUPOSTA AFRONTA AOS ARTS. 2º E 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO DISPONIBILIZADO EM 7.5.2012. O controle de legalidade dos atos

administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos poderes. Precedentes Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE 728.343-AgR/RS, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma).

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Constitucional e Administrativo. Alegação de violação ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Precedentes. 3. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 635.678-AgR/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma).

Por fim, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A propósito, destaco os fundamentos utilizados também pelo Min. Celso de Mello no ARE 730.741/SP, em que se examinou questão similar à ora em análise:

*“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 na presente causa.*

*Tal como **pude 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.

*Cumpre 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/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) **não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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” (grifos no original).*

Isso posto, nego provimento ao recurso extraordinário.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 429.903****PROCED.:** RIO DE JANEIRO**RELATOR:** MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**RECTE.(S):** ESTADO DO RIO DE JANEIRO**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**RECDO.(A/S):** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**Decisão**

A Turma sobrestou o julgamento deste recurso extraordinário. Unânime. 1ª Turma, 15.09.2009.

Decisão

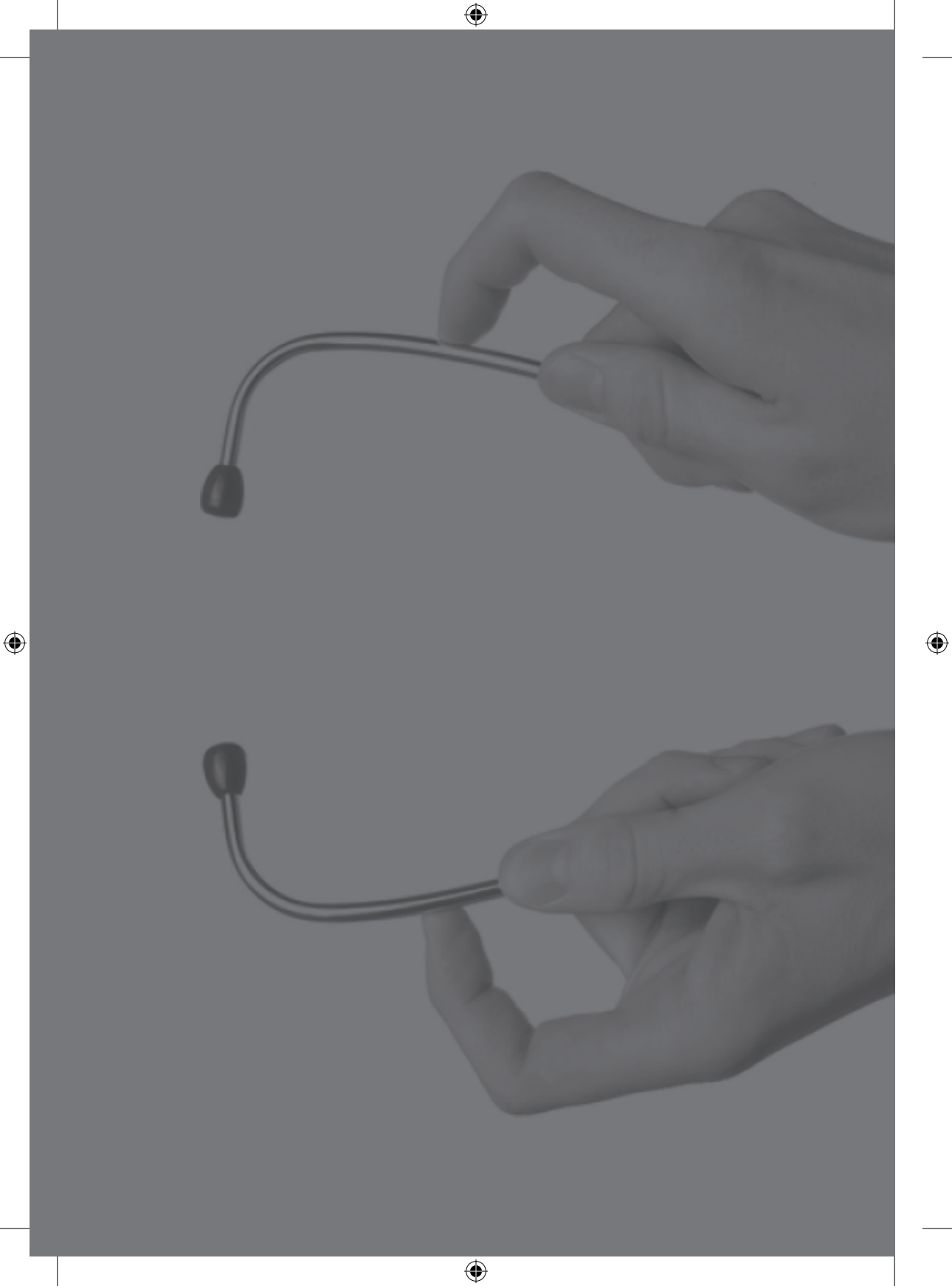
A Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Roberto Barroso.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 25.6.2014. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Roberto Barroso. Compareceu o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira da Senhora Ministra Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMPREGADO DEMITIDO QUE SE APOSENTA PODE SER BENEFICIÁRIO DO PLANO DE SAÚDE COLETIVO

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.723 - SP (2014/0015879-0)

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI

RECORRENTE : MARCOS DOS REIS ALVES

ADVOGADOS : RODOLFO SÍLVIO DE ALMEIDA E OUTRO(S)
DOMINGOS CUSIELLO JÚNIOR

RECORRIDO : VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA

ADVOGADOS : ADRIANA MALDONADO DALMAS EULALIO
EDUARDO DE AZEVEDO BARROS E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EMPREGADO DEMITIDO, APOSENTADO POSTERIORMENTE. PRETENSÃO DE MANTER-SE COMO BENEFICIÁRIO DO PLANO.

1.- O empregado demitido que vem a se aposentar posteriormente pode ser mantido como beneficiário do plano de saúde coletivo fornecido pela empresa aos seus funcionários, nas mesmas condições de cobertura existentes quando da vigência do contrato de trabalho, desde que ainda não tenha havido extinção regular da cobertura e que assuma o

pagamento integral da prestação, correspondente à sua contribuição mais a contribuição patronal.

2.- Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha.

Brasília, 27 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.723 - SP (2014/0015879-0)

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI

RECORRENTE: MARCOS DOS REIS ALVES

ADVOGADOS: RODOLFO SÍLVIO DE ALMEIDA E OUTRO(S)
DOMINGOS CUSIELLO JÚNIOR

RECORRIDO: VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS
AUTOMOTORES LTDA

ADVOGADOS: ADRIANA MALDONADO DALMAS EULALIO
EDUARDO DE AZEVEDO BARROS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1.- MARCOS DOS REIS ALVES interpõe Recurso Especial com fundamento nas alíneas “a” e “c”, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relatora a Desembargadora VIVIANI NICOLAU, assim ementado (fls. 216):

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA - PLANO DE SAÚDE - DEMISSÃO E POSTERIOR APOSENTADORIA DO SEGURADO - Pleito para aplicação do art. 31 da Lei nº 9.656/98 - Improcedência - Inconformismo - Não acolhimento - Lei que expressamente condiciona o benefício ao aposentado que contribua para o plano de saúde - Autor, demitido-aposentado, que não preenche os requisitos legais - Sentença mantida - Negado provimento ao recurso.

2.- O Recorrente alega que, embora aposentado, teria direito a permanecer como segurado do plano de saúde coletivo fornecido pela sociedade recorrida aos seus funcionários, desfrutando das mesmas condições que desfrutava à época da vigência do seu contrato de trabalho. O Acórdão recorrido, assim não o reconhecendo, teria violado os artigos 1º, inciso III, 6º e 197 da Constituição Federal; 30 e 31, da Lei nº 9.656/98.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.723 - SP (2014/0015879-0)

VOTO**O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):**

3.- MARCOS DOS REIS ALVES ajuizou ação cominatória de obrigação de fazer em face de VOLKSWAGEN DO BRASIL - LTDA, com o objetivo de se manter como beneficiário do plano de saúde coletivo fornecido pela Ré aos seus empregados (fls. 03/24). Alegou que foi funcionário da empresa por vinte e seis anos, de 12/07/1982 a 17/01/2009, quando demitido sem justa causa, em programa de desligamento voluntário. Na vigência do contrato de trabalho, a Recorrida teria oferecido plano de saúde coletivo na modalidade Autogestão patrocinada, ou seja, com a participação da empresa e do empregado. Destacou que no momento da rescisão contratual já havia completado todos os requisitos necessários para a concessão da Aposentadoria por Tempo de Contribuição pelo INSS, benefício que veio a obter poucos meses após a demissão, em 23/04/2009.

Alega que, após a aposentadoria, manifestou interesse de manter o plano de saúde mediante custeio integral, mas que isso lhe foi negado pela Recorrida, a qual ainda lhe teria informado que a validade da apólice expiraria em 30/04/2009, como de fato expirou.

4.- A sentença julgou o pedido improcedente, argumentando que o Autor não faria jus à manutenção do plano de saúde, porque, quando de sua aposentadoria, já não era mais empregado da Recorrida (fls. 161/164).

5.- O acórdão recorrido negou provimento ao recurso de apelação, entendendo, da mesma forma, que o artigo 31 da Lei 9.656/98 apenas garantiria a manutenção do plano de saúde, mediante custeio integral, quando não houvesse solução de continuidade entre a condição de empregado e a de aposentado contribuinte, isto é, quando se tratasse de empregado que se aposentasse e, ato contínuo, passasse a contribuir integralmente para o custeio do plano. Na hipótese dos autos, como o Recorrente primeiro foi demitido e somente três meses depois veio a se aposentar, não faria ele jus à benesse legal.

6.- Em recurso especial, o Autor afirma que o artigo 31 da Lei 9.656/98 não exige a aposentadoria como causa da rescisão do contrato de trabalho e que, na data dessa aposentadoria, ele ainda usufruía do plano de saúde coletivo. Ressaltou que já possuía condições para aposentar-se à época em que teve seu contrato de trabalho rescindido pela adesão ao plano de demissão voluntária. A irressignação formulada no Recurso Especial colhe êxito.

7.- O artigo 30 da Lei 9.656/98, estabelece, a propósito, o seguinte:

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

*§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o **caput** será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.*

(...)

*§ 5º A condição prevista no **caput** deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego.*

8.- Isso significa que o funcionário demitido pode permanecer como beneficiário do plano de saúde coletivo da empresa para a qual trabalhava, por tempo proporcional ao período de contribuição ou até que obtenha novo emprego, desde que custeie integralmente o plano. Nesse sentido: REsp 820.379/DF, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 06/08/2007.

9.- O artigo 31, da mesma Lei 9.656/98, de outra parte, dispõe o seguinte, *verbis* :

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

*§ 1º Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no **caput** é assegurado o direito*

de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo

10.- De acordo com esse dispositivo, parece não haver dúvidas, os trabalhadores que estejam em atividade há pelo menos dez anos em uma mesma empresa e que hajam completado os requisitos para a obtenção de aposentadoria podem, se assim o desejarem, passar à inatividade com manutenção do plano de saúde coletivo estipulado pelo empregador (do qual eram beneficiários há pelo menos de dez anos), mediante custeio integral, isto é, desde que arquem com a parcela correspondente à contribuição do beneficiário e mais aquela correspondente a do patrocinador/estipulante.

De acordo com o § 1º, o empregado aposentado que não tenha contribuído para o plano na condição de empregado por pelo menos dez anos, apenas fará jus ao benefício pelo período correspondente aos anos de contribuição. Nesses termos é lícito concluir que, tendo o empregado contribuído por dez anos, pelo menos, poderá permanecer como beneficiário do plano, após a aposentadoria, enquanto proceder ao pagamento devido.

11.- Confrontando-se o artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98, verifica-se que eles cuidam de duas hipóteses diferentes. No primeiro caso, assegura-se ao empregado demitido o direito de permanecer, por um período determinado, como beneficiário do plano de saúde coletivo da empresa. No segundo caso, assegura-se ao empregado que se aposenta o direito de permanecer como segurado por tempo indeterminado (dependendo do caso).

12.- A discussão posta nos autos diz respeito à interpretação do artigo 31 da Lei 9.656/98. Segundo o Tribunal de origem, a norma em questão se aplicaria apenas àqueles trabalhadores que obtiveram a aposentadoria quando ainda estavam trabalhando na empresa estipulante, ou seja, que estavam em atividade na empresa quando se aposentaram, sem solução de continuidade, portanto. No caso, como o Recorrente foi demitido e depois se aposentou, teria havido solução de continuidade que impediria a obtenção do benefício.

13.- Com a devida vênia, o texto legal não evidencia de forma explícita que o aposentado previamente demitido estaria impedido de

permanecer como segurado do plano. Ele determina, apenas, que o *aposentado* poderá ser mantido no plano de saúde empresarial. Não há, assim, nada que recomende a interpretação restritiva preconizada pelo Tribunal de origem.

14.- Muito ao revés, até porque se está lidando com direitos de consumidor, tudo recomenda que a norma seja interpretada de forma ampliativa, já que isso será mais favorável ao Recorrente. Nos termos propostos, o artigo 31 da Lei 9.656/98, quando se refere ao aposentado quis abranger não apenas aquele que tenha alcançado essa condição durante o período em que trabalhava na empresa estipulante, mas também aquele que já havia sido demitido quando da obtenção da aposentadoria. Em outras palavras, mesmo aqueles empregados que já tenham rompido o vínculo empregatício com a empresa estipulante podem, posteriormente, quando da obtenção da aposentadoria, requerer o benefício previsto no artigo 31 da Lei 9.656/98.

15.- Ainda se poderia objetar que essa exegese seria excessivamente ampla, beneficiando indiscriminadamente todos os aposentados que tenham satisfeito o requisito do período de contribuição. Essa conclusão, porém, não é de todo válida. Uma leitura atenta do dispositivo legal em comento evidencia que ele trata do *direito de manutenção* do consumidor *como beneficiário* do plano.

A expressão *manutenção* contida no texto legal já é suficiente para limitar de forma bastante razoável os excessos que poderiam decorrer da interpretação ampliativa destacada. Imagine-se, por exemplo, um trabalhador que tenha trabalhado por mais de dez anos em três empresas diferentes e que, em cada uma delas, tenha sido beneficiário de plano de saúde coletivo empresarial. No momento de sua aposentadoria ele não poderá escolher pela filiação ao plano empresarial oferecido pelas empresas em que trabalhou anteriormente, embora tenha atendido ao tempo de contribuição e esteja já aposentado, porque não se cuidará, na hipótese, de uma *manutenção da condição da beneficiário*. Com efeito, ele somente poderá *manter a condição de beneficiário* em relação ao plano de saúde empresarial a que esteve vinculado em momento mais recente.

16.- A ausência de solução de continuidade estabelecida pelo Tribunal de origem como critério para obtenção do benefício, não deve estar relacionada, portanto, com o vínculo empregatício em si, mas sim

com a condição de beneficiário do plano de saúde. O fato de o empregado ter sido demitido e, em seguida, aposentado, não interfere no direito subjetivo assegurado pelo artigo 31 da Lei 9.656/98. O que importa considerar para a obtenção de referida benesse é se houve ou não interrupção da condição de beneficiário do plano de saúde, pois que, em caso afirmativo não se poderá cogitar de um direito à *manutenção da condição de segurado*. Com o término legítimo da condição de segurado, seria preciso que a lei houvesse tratado do *restabelecimento* do direito, o que, efetivamente não fez.

17.- No caso dos autos, conforme esclarece o próprio Acórdão Recorrido, o consumidor foi demitido em 17/01/2009, obteve a aposentadoria em 23/04/2009, e permaneceu como beneficiário do plano de saúde até 30/04/2009. Percebe-se assim que, na data em que expirou o prazo de cobertura, o consumidor já reunia todas as condições previstas no artigo 31 da Lei 9.656/98 para manter-se como beneficiário do plano de saúde, isto é, tinha tempo de contribuição suficiente, era aposentado e ainda era beneficiário do plano.

18.- Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer o direito do Recorrido em se manter como beneficiário do plano de saúde corporativo mantido pela Recorrida nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. Invertidos os ônus de sucumbência.

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA****NÚMERO REGISTRO:** 2014/0015879-0**PROCESSO ELETRÔNICO RESP 1.431.723 / SP****NÚMEROS ORIGEM:** 00205350620098260625 1032009000927 110042
205350620098260625 6250120090205351 92709 990101741571**PAUTA:** 27/05/2014**JULGADO:** 27/05/2014**Relator**

Exmo. Sr. Ministro SIDNEI BENETI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO PIMENTEL ALBUQUERQUE

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

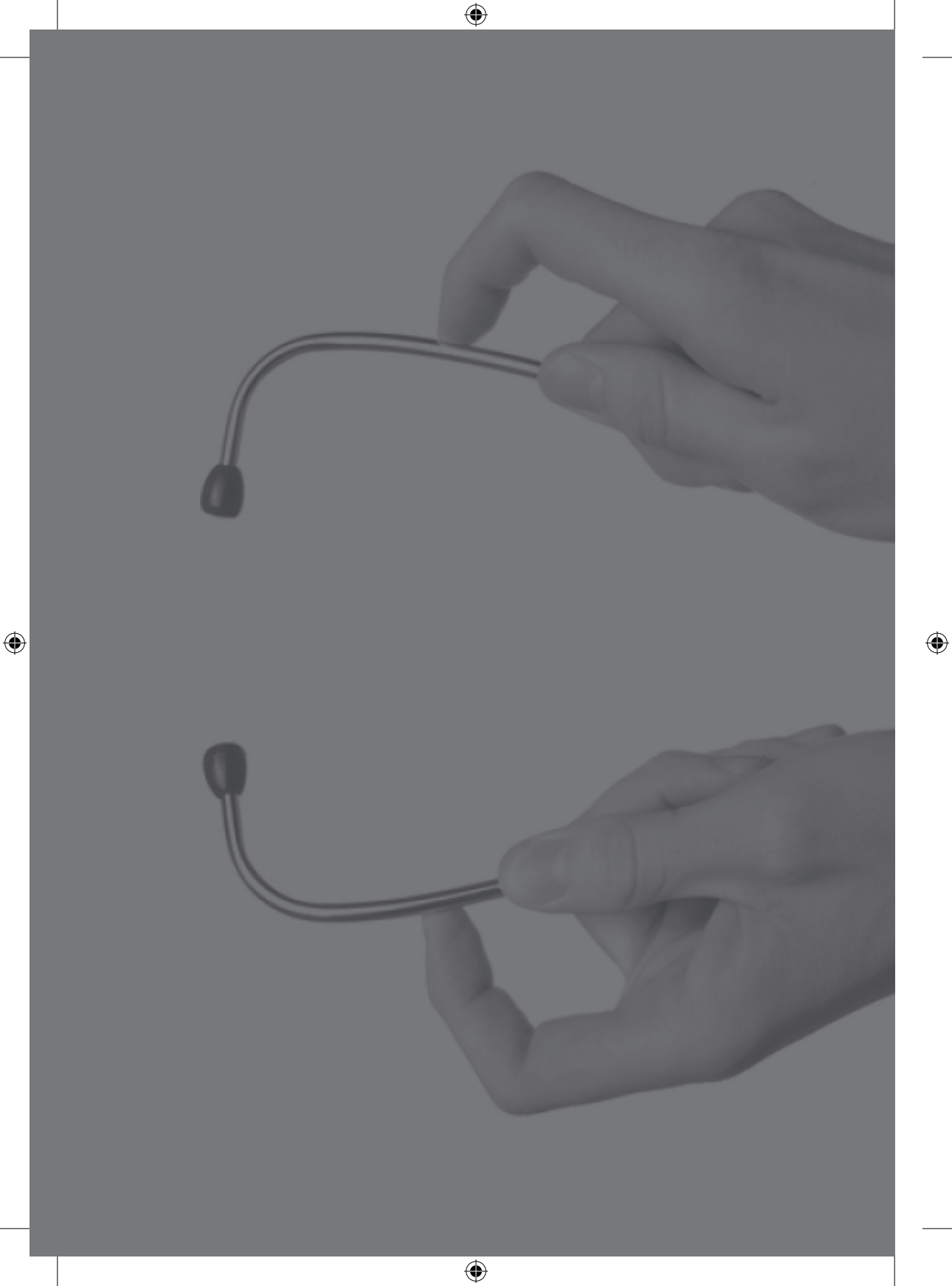
AUTUAÇÃO**RECORRENTE:** MARCOS DOS REIS ALVES**ADVOGADOS:** RODOLFO SÍLVIO DE ALMEIDA E OUTRO(S)
DOMINGOS CUSIELLO JÚNIOR**RECORRIDO:** VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA**ADVOGADOS:** ADRIANA MALDONADO DALMAS EULALIO
EDUARDO DE AZEVEDO BARROS E OUTRO(S)**ASSUNTO:** DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - 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 Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha.





TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

NEGADO PEDIDO DE CONCESSÃO DE CÃO-GUIA

Jurisprudência - TRF5

Acórdão - AG136232/CE (20/06/2014)

ORIGEM: Tribunal Regional Federal - 5ª Região

CLASSE: Agravo de Instrumento - AG136232/CE

NÚMERO DO PROCESSO: 00449255120134050000

CÓDIGO DO DOCUMENTO: 357088

DATA DO JULGAMENTO: 17/06/2014

ÓRGÃO JULGADOR: Segunda Turma

RELATOR: Desembargador Federal Cesar Carvalho (Convocado)

PUBLICAÇÕES

Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 20/06/2014 - Página 83

DECISÃO

UNÂNIME

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. CONCESSÃO DE CÃO GUIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DO ESTADO. DECISÃO CONFIRMADA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por deficiente visual contra decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela que almejava obrigar a UNIÃO a providenciar, de forma gratuita, cão guia.

- Decisão agravada confirmada pelos próprios fundamentos.

2. “Pode-se concluir que o Estado tem o dever de cuidar e garantir a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Por outro lado, a previsão abstrata dá margem a pelo menos duas perguntas: até que limite o estado tem este dever de garantir a acessibilidade a um certo indivíduo? Surge para o cidadão o direito subjetivo de obrigar ao Estado a concessão do meio que julga como melhor e mais adequado para redução/eliminação das vicissitudes de sua necessidade especial?”

3. “De fato, é certo que o Estado deve tomar as medidas apropriadas para assegurar a acessibilidade aos portadores de deficiência. No entanto, e não menos importante, os direitos sociais são concretizados ‘principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis’ (trecho do art. 2º, 1, do Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, do qual o Brasil também é signatário), de modo a equilibrar a riqueza estatal com a demanda social.”

4. “Na esfera constitucional, o art. 196 da Constituição Federal obriga o Poder Público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a promover, proteger e recuperar a saúde. Em nível infraconstitucional, a Lei nº 7.853/89, que inaugurou o tema em nossa legislação ao tratar do apoio aos portadores de deficiência em espectro amplo.”

5. “Todavia o caso trazido pela parte autora não é de restabelecimento de sua saúde, mas de necessidade de redução/eliminação de dificuldades decorrentes de sua condição de deficiente visual através da concessão da melhor técnica para tanto. Nessa quadra, mais se aproxima do caso a Lei nº 10.098/00 que, ao estabelecer normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras

de deficiência ou com mobilidade reduzida, trouxe critérios de urbanização para integração dos portadores de deficiências, além de outras provisões. Entretanto, concretamente, não trouxe o direito subjetivo a um meio técnico que o deficiente julgue como melhor e mais necessário. A escolha da política pública não cabe ao particular.”

6. “A norma citada, em seu art. 2º, VI, definiu, também, como ajuda técnica qualquer elemento que facilite a autonomia pessoal ou possibilite o acesso e o uso de meio físico, onde se enquadraria o cão-guia para um deficiente visual, mas, repiso, não houve a previsão de direito subjetivo para tanto, mas sim o dever de implementação de políticas públicas que levem em conta tal conceito.”

7. “Ampliando a análise, no âmbito da legislação sanitária, a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e estabelece o Sistema Único de Saúde - SUS, dispõe estar incluída no campo de atuação deste a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, isto em seu art. 6º, I, ‘d’. No entanto, o cão-guia em relação ao deficiente visual não pode ser enquadrado como terapia, pois não visa restabelecer um estado anterior ou minimizá-lo, mas, ao revés, tem por fim o suporte técnico para facilitar o desenvolvimento de atividades cotidianas, como caminhar sozinha, subir e descer escadas, desviar de obstáculos horizontais, verticais e aéreos, etc.”

8. “Em outro diapasão, a Lei nº 11.126/05, ao tratar em seu art. 1º do direito da pessoa portadora de deficiência visual usuária de cão-guia de ingressar e permanecer com o animal nos veículos e nos estabelecimentos públicos e privados de uso coletivo, traz uma política contra a discriminação dos deficientes visuais e não o direito deste de ter assegurado o fornecimento estatal de um cão-guia para lhe facilitar a acessibilidade.”

9. “Em conclusão, por mais desejável que fosse o contrário em uma análise não jurídica, o que o ordenamento prevê é o dever do Estado em adotar, na maior medida possível dentro de suas limitações, todas as condições para melhorar a vida dos deficientes de um modo geral, mas não de, especificamente, atribuir-lhe um direito subjetivo de ter garantida a melhor ajuda técnica disponível no mercado ou a con-

cessão do melhor equipamento para reduzir sua falta de mobilidade/ acessibilidade.”

10. “Ao concluir desta forma, não se quer dizer que uma pessoa portadora de deficiência não faz jus a nenhum auxílio estatal, mas sim que, v. g., uma pessoa que teve uma perna amputada não pode exigir do estado uma prótese de fibra de carbono, quando há outros meios para o alcance de igual fim. Nessa linha de raciocínio, a própria parte autora assevera que dos 5.400.000 (cinco milhões e quatrocentos mil) deficientes visuais existentes no Brasil, existem menos de 100 (cem) auxiliados por cão-guia. Portanto, é perfeitamente possível a adoção de outros meios para o fim colimado pela parte autora, embora estes possam não ser os melhores ou mais adequadas dentro os já concebidos pelo homem.”

11. Agravo de instrumento improvido.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

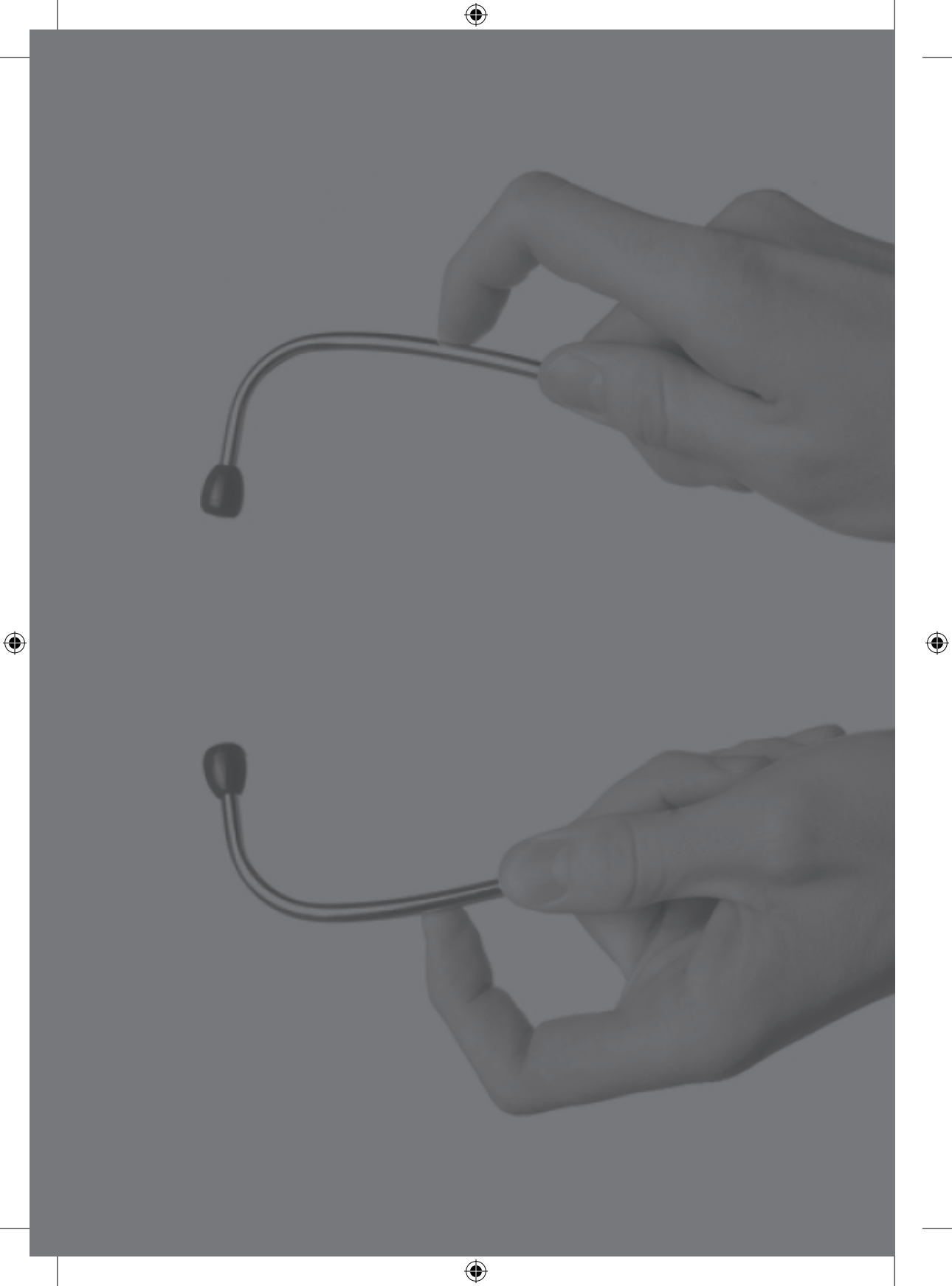
CF-88 Constituição Federal de 1988 ART-5 PAR-3 ART-23 INC-2 ART-24 INC-14 ART-196

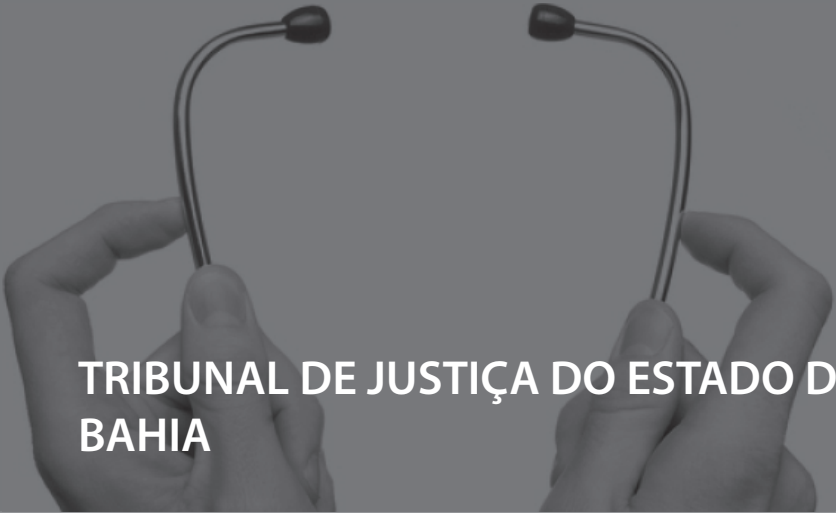
LEG-FED LEI-7853 ANO-1989 ART-2 PAR-ÚNICO INC-2 LET-A LET-B LET-C LET-D LET-E LET-F INC-6

LEG-FED LEI-10098 ANO-2000

LEG-FED LEI-8080 ANO-1990 ART-6 INC-1

LEG-FED LEI-11126 ANO-2005 ART-1





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

POSSIBILIDADE DE SE FIRMAR CONVÊNIO PARA COMPRA DE AMBULÂNCIAS

ACÓRDÃO

CLASSE : Mandado de Segurança n.º 0019334-54.2013.8.05.0000

FORO DE ORIGEM: Foro de comarca Amargosa

ÓRGÃO: Seção Cível de Direito Público

RELATOR(A): Desembargador Jatahy Júnior

IMPETRANTE: Município de Amargosa

ADVOGADO: Marcio Souza Garcia (OAB: 18030/BA)

IMPETRADO: Secretário de Saúde do Estado da Bahia

IMPETRADO: Chefe do Desembahia - Agência de Fomento do Estado da Bahia S/A

PROC. JUSTIÇA: Jose Cupertino Aguiar Cunha

PROC. ESTADO: Fernando Ávila Nonato

ASSUNTO: Liminar

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONVÊNIO PARA AQUISIÇÃO DE AMBULÂNCIAS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE DO CAUC, SIAF, CADIN E INSS. REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS PARA AÇÕES SOCIAIS E DE SAÚDE. RESSALVA LEGAL. DIREITO

DO IMPETRANTE DE ADQUIRIR 02 (DUAS) AMBULÂNCIAS. ORDEM CONCEDIDA.

Verifico que, de fato, os recursos constantes do convênio destinado ao autor, destinam-se ao atendimento das necessidades essenciais da coletividade, e, como tais, deve imperar a ressalva constante do art. 25, §3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que excetua da regra os recursos destinados às áreas de educação, saúde e assistência social.

A inadimplência não mais condiciona a transferência de recursos destinados à execução de ações sociais e, no caso em comento, a aquisição de duas ambulâncias pelo Município/Impetrante se enquadra como um fato de caráter manifestamente social e de interesse público, vez que representa um grande ganho para a área de saúde dos municípios, representando, na verdade, uma necessidade essencial da coletividade.

Segurança concedida para determinar a contratação do convênio a que se refere a aquisição de 02 (duas) ambulâncias, conforme pedido inicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **MANDADO DE SEGURANÇA nº 0019334-54.2013.8.05.0000** em que figura como impetrante, **Município de Amargosa** e impetrados, o **Secretário de Saúde do Estado da Bahia** e o **Chefe do DESENBÁHIA – Agência de Fomento do Estado da Bahia**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade de votos, CONCEDER A SEGURANÇA**, pelas razões constantes no voto do Eminentíssimo Relator.

Sala de Sessões da Seção Cível de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, aos 20 dias do mês de fevereiro do ano de 2014.

Des. Presidente

Desembargador Jatahy Júnior

Relator

Procurador(a) de Justiça

RELATÓRIO

CLASSE: Mandado de Segurança n.º 0019334-54.2013.8.05.0000

FORO DE ORIGEM: Foro de comarca Amargosa

ÓRGÃO: Seção Cível de Direito Público

RELATOR(A): Desembargador Jatahy Júnior

IMPETRANTE: Município de Amargosa

ADVOGADO: Marcio Souza Garcia (OAB: 18030/BA)

IMPETRADO: Secretário de Saúde do Estado da Bahia

IMPETRADO: Chefe do Desenbahia - Agência de Fomento do Estado da Bahia S/A

PROC. JUSTIÇA: Jose Cupertino Aguiar Cunha

PROC. ESTADO: Fernando Ávila Nonato

ASSUNTO: Liminar

Cuida-se de ação mandamental, com pedido liminar, impetrada pelo Município de Amargosa contra ato supostamente ilegal praticado pelo **SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA** e pelo **CHEFE DO DESENBAHIA – AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DA BAHIA**, autoridades apontadas como coatoras, em razão da resposta ao ofício da impetrante, que negou liberação de crédito relativo a contrato para repasse de verba destinada a projeto relacionado à saúde.

Afirmou o impetrante, em síntese, que os impetrados, descon siderando as exceções prevista no § 3º do art. 25 da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), no art. 26 da Lei nº 10.522/2002, Lei 11.960/2009 e letra “d” do § 6º do art. 47 da Lei 8.212/91, de forma abusiva e ilegal, negou ao impetrante, seguimento da celebração do convênio para repasse de verba destinada a aquisição de 02 (duas) ambulâncias, ação relacionada à saúde, em descompasso com a legislação, lesando direito líquido e certo do impetrante, sob a alegação de existência de restrições no CAUC, SIAF e CADIN, negativa administrativa que impede a celebração da contratação do convênio, para transferência de recursos destinados a ações vinculadas a saúde, o que não é justificável, sendo a conduta das autoridades coatoras abusivas.

Registrou, outrossim, que os fundamentos da pretensão são relevantes, sendo direito líquido e certo à contratação do convênio para ações

vinculadas à saúde, independente de certidão do INSS, ou regularização do CAUC, SIAF, CADIN e que presente o periculum in mora, representado pelo prejuízo a municipalidade, advindo do retardamento nas aquisições das ambulâncias, afligindo todos os habitantes daquele Município.

Requeru, em caráter liminar, que seja determinada, as autoridades coatoras, a promoverem todos os atos necessários a execução do contrato que se refere a aquisição de ambulâncias.

Ao final, pugna pela concessão da segurança.

Com a inicial vieram encartados os documentos de fls. 13 usque 37.

A liminar foi deferida por meio da decisão de fls. 39/43.

Irresignada, DESENBÁHIA, impetrada, interpôs Agravo de Instrumento, na qual suscitou a incompetência do Juízo de primeiro grau, em razão do Secretário de Saúde compor a lide.

O relator, do agravo de instrumento, deferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo, pela decisão de fls. 85/87. Ao julgar o mérito do Agravo acolheu a preliminar de incompetência do Juízo de primeiro grau, declarando nula a decisão liminar proferida e determinou a remessa dos autos de Mandado de Segurança, tombado sob o nº 0000433-25..2010.8.05.0006, ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, fls. 95/98.

O Estado da Bahia interveio no feito, arguindo, em síntese, que inexistente direito líquido e certo, por encontra-se o impetrado com débito, não atendendo aos requisitos previsto no inciso IV, do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 101/2001, em razão disto o contrato não foi celebrado.

Afirma, ainda, que a exceção imaginada pelo impetrante não se aplica para casos de irregularidade perante o CADIN e perante o SIAFI, caso os débitos existentes sejam relativos ao INSS.

Por fim, seja denegada a segurança pretendida, em todos os seus termos.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça apresentou pronunciamento às fls. 127/137 e opinou no sentido da concessão da segurança requerida.

Relatados os autos, inclua-se o feito em pauta para julgamento.

Salvador, 20 de fevereiro de 2014.

Desembargador Jatahy Júnior
Relator PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

VOTO

CLASSE: Mandado de Segurança n.º 0019334-54.2013.8.05.0000

FORO DE ORIGEM: Foro de comarca Amargosa

ÓRGÃO: Seção Cível de Direito Público

RELATOR(A): Desembargador Jatahy Júnior

IMPETRANTE: Município de Amargosa

ADVOGADO: Marcio Souza Garcia (OAB: 18030/BA)

IMPETRADO: Secretário de Saúde do Estado da Bahia

IMPETRADO: Chefe do Desenhahia - Agência de Fomento do Estado da Bahia S/A

PROC. JUSTIÇA: Jose Cupertino Aguiar Cunha

PROC. ESTADO: Fernando Ávila Nonato

ASSUNTO: Liminar

Cuida-se de Mandado de Segurança, o qual pretende o impetrante a concessão da segurança a fim de que as autoridades impetradas promovam todos os atos necessários a execução do contrato que se refere a aquisição de 02 (duas) ambulâncias.

A presente demanda cinge-se da possibilidade de restrição no que tange a celebração de convênios quando existir inadimplência do ente municipal junto ao INSS.

Para deslinde do feito é necessário transcrever o art. 25 §3º da Lei de Responsabilidade Fiscal, *ipsis litteris*:

“Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, **excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.** (negritei)

No caso dos autos, verifico que, de fato, os recursos constantes do convênio destinado ao autor, destinam-se ao atendimento das necessidades essenciais da coletividade, e, como tais, deve imperar a ressalva constante do art. 25, §3º, da Lei de

Responsabilidade Fiscal, que excetua da regra os recursos destinados às áreas de educação, saúde e assistência social.

Quando é possível essa suspensão, no que diz respeito a liberação de recursos concernentes à execução de ações sociais, veja-se o que dispõe o art. 26, da Lei 10.522/2002:

“Art. 26. Fica suspensa a restrição para transferência de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à execução de ações sociais e ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objeto de registro no CADIN e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI.”

Como visto, a inadimplência não mais condiciona a transferência de recursos destinados à execução de ações sociais e, no caso em comento, a aquisição de duas ambulâncias pelo Município/Impetrante se enquadra como um fato de caráter manifestamente social e de interesse público, vez que representa um grande ganho para a área de saúde dos municípios, representando, na verdade, uma necessidade essencial da coletividade.

Ademais, percebo às fls. 30/36 contrato de financiamento celebrado entre a DESENBAHIA e o Município de Amargosa, não sendo caso que importe em grave lesão à ordem ou economia públicas, ao contrário, é medida essencial à saúde.

Nestas circunstâncias, não é razoável que fique impedido de celebrar novos convênios para os projetos de interesse da sua população, maior prejudicada pelos acontecimentos. Por sua vez, essa linha de entendimento já se encontra sedimentada no âmbito do STJ:

“O Município inadimplente, inscrito como tal no SIAFI, sofre restrições quanto à liberação de verbas públicas oriundas de convênio. Esta Corte aplicando a legislação posterior à MP n. 2.176, ou seja, a Lei n. 10.522/2002, entende ilegal a imposição de restrições para a liberação de verbas ou para a concretização de transações, pelo fato de estar o ente estatal inadimplente, inscrito como tal no SIAFI. Precedentes MS n.

8.440-DF e MS n. 8.117-DF" (MS n. 11.026 – DF, Rel. Mina. Eliana Calmon, 1.^a Seção, 14.06.2006).

E, ainda, a jurisprudência pátria autoriza a suspensão da inadimplência, conforme se tem do julgado a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. INSCRIÇÃO DO NOME DO MUNICÍPIO NO SIAFI OU CADIN POR REJEIÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIO CELEBRADO COM A ADMINISTRAÇÃO DIRETA. TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FEDERAIS. RESTRIÇÃO EXCLUÍDA.

1. Em caso semelhante, o STF, citando precedentes, entendeu que "é de se afastar a inscrição do Estado no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI, ante a inviabilidade de formalizar convênio e receber repasses, com a paralisação de serviços essenciais. Precedentes: Ação Cautelar nº 235-4, relator ministro Sepúlveda Pertence, Ação Cautelar nº 39-4, relatora ministra Ellen Gracie e Ação Cautelar nº 266-4, relator ministro Celso de Mello" (STF, AC-MC 259 / AP, Tribunal Pleno, Ministro Marco Aurélio, DJ 3.12.2004, p. 20-23).

2. Além disso, apenas o nome do responsável pelas contas municipais é que deve ser inscrito nos cadastros restritivos de crédito, no intuito de preservar-se o interesse público e não se penalizar toda a população local (TRF 1.^a Região, AMS 2001.34.00.024836-9/DF, Sexta Turma, Desembargador Federal Souza Prudente, DJ de 27/06/2005, p. 94).

3. Provedimento parcial do agravo regimental do Município de Codó/MA, para assegurar a transferência de rendas ao agravante, ainda que de convênios voluntários. (AGRAC 2006.37.02.000070-0/MA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Rel.Acor. Juiz Federal David Wilson De Abreu Pardo (conv.), Quinta Turma,e-DJF1 p.102 de 18/02/2011) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. CONVÊNIO ENTRE A UNIÃO E MUNICÍPIO. INADIMPLÊNCIA. NOVO GESTOR. EXCLUSÃO DO CADASTRO DO SIAFI.

1. Afasta-se preliminar de nulidade da sentença quando proferida de acordo com o disposto nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, decidindo a lide nos limites do pedido inicial.

2. Segundo o art. 5º, § 2º, da IN/STN n. 01/97, com a redação dada pela IN/STN n. 05/2001, deve-se proceder à suspensão da inadimplência do Município pela falta de prestação de contas a entidade federal ou da não aprovação destas, desde que possua outro administrador que não o faltoso, tenha sido instaurada tomada de contas especial e tenha sido inscrito o potencial responsável em conta de ativo.

3. O Município não pode ser penalizado pela omissão da União em instaurar tomada de contas especial e incluir o nome do potencial responsável em conta de ativo "Diversos Responsáveis".

4. Remessa oficial provida. Apelação não provida. (AC 2005.36.00.017440-0/MT, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Conv. Juiz Federal Marcelo Albernaz (conv.), Quinta Turma, e- DJF1 p.289 de 31/07/2008)

Noutra banda, levando-se em consideração que a partir de janeiro de 2013 o Município de Amargosa/impetrante encontra-se com nova gestora, entendo que estão presentes o direito líquido e certo.

Esse é o entendimento da jurisprudência do STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONVÊNIO COM A UNIÃO FEDERAL. CONSTRUÇÃO DE DOIS POÇOS ARTESIANOS E DUAS LAVANDERIAS. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. INSCRIÇÃO NO CADIN E NO SIAFI. ART. 5º, §1º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01/STN-97. PREFEITO POSTERIOR. RESSALVA. INADIMPLÊNCIA. SUSPENSÃO.

I - É de ser liberada da inadimplência a prefeitura administrada pelo prefeito que sucedeu o administrador faltoso, quando tomadas todas as providências objetivando o ressarcimento ao erário, em conformidade com os §§ 2º e 3º, da Instrução Normativa nº 01/STN.

II - Mandado de segurança concedido.

(MS 8.117/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 145)

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. MUNICÍPIO. IRREGULARIDADE. INADIMPLÊNCIA DE CONVÊNIOS E NÃO PRESTAÇÃO DE CONTAS. **NOVA GESTÃO**. RESOLUÇÃO N.º 12/2007 DO TCE, ART. 28, § 2º. ADOÇÃO DE MEDIDAS OBJETIVANDO SANAR E APURAR AS IRREGULARIDADES PELA ADMINISTRAÇÃO. SUSPENSÃO DA INADIMPLÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

(TJ-RN , Relator: Juíza Maria Zeneide Bezerra (Convocada), Data de Julgamento: 14/07/2010, Tribunal Pleno)

Não é razoável que os municípios sejam prejudicados com o não fornecimento de 02 (duas) ambulâncias, em razão da inadimplência do antigo gestor, bem assim por se tratar de fomento à saúde daquele município.

Diante do exposto, julgo no sentido de CONCEDER A ORDEM vindicada para determinar a contratação do convênio a que se refere a aquisição de 02 (duas) ambulâncias, conforme pedido inicial.

Sem honorários, por força das Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

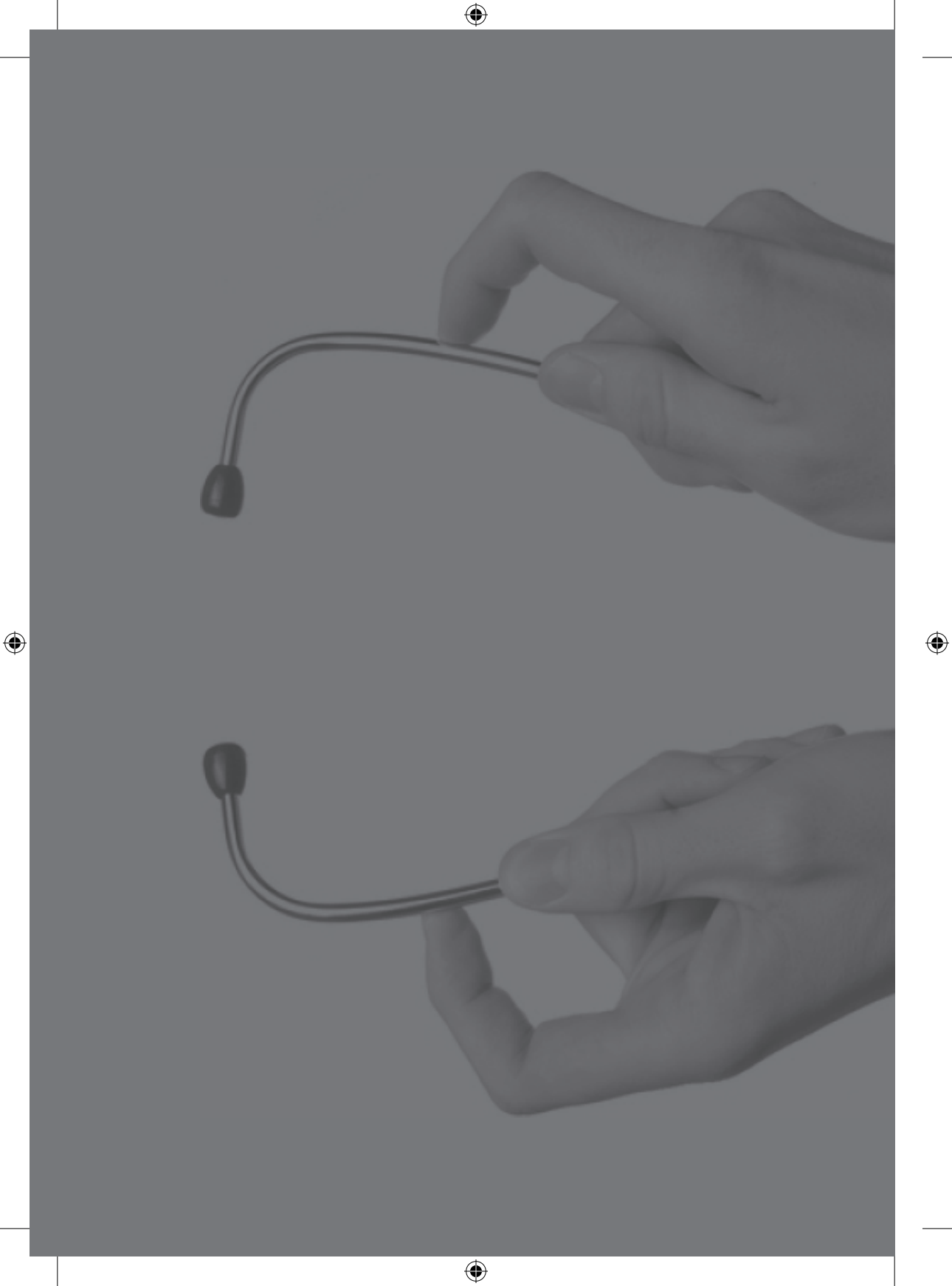
Isento de custas.

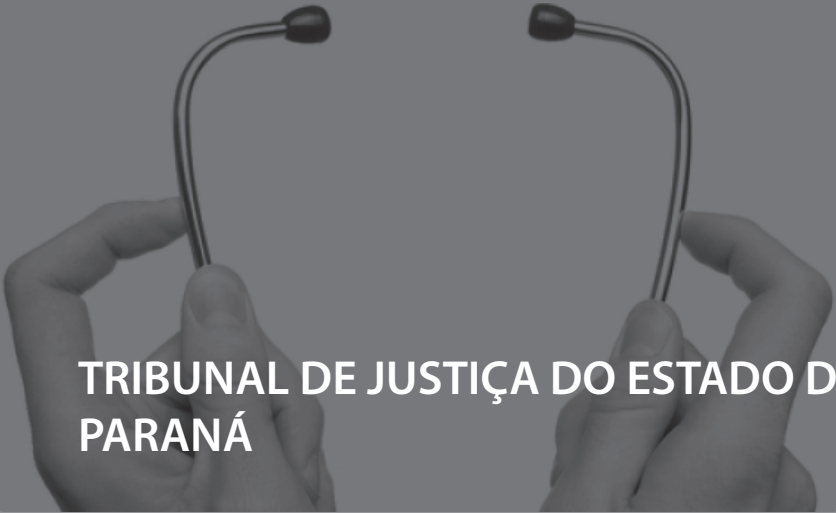
Publique-se. Intimem-se.

Salvador, 20 de fevereiro de 2014.

Desembargador Jatahy Júnior

Relator





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

PLANO DE SAÚDE DEVE COBRIR TRATAMENTO INDICADO POR MÉDICO CONVENIADO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1147115-9

DE CURITIBA - 4ª VARA CÍVEL

APELANTE: SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITA-
LARES DE CURITIBA LTDA – UNIMED CURITIBA

APELADO: ELISON SOARES DE BRITO

RELATOR: JUIZ SERGIO LUIZ PATITUCCI

APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE –
ANGIOPLASTIA – COLOCAÇÃO DE “STENT” - TRATAMENTO INDICADO
POR MÉDICO CONVENIADO – NEGATIVA DE COBERTURA – ABUSIVIDADE
DA CLÁUSULA CONTRATUAL – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO
CONSUMIDOR – RECURSO DE APELAÇÃO – NÃO PROVIMENTO

*1.– O direito ao tratamento de saúde deverá se fazer de maneira eficaz, a
ponto de se contar com a plena recuperação, uma vez que em questões de
saúde, as soluções não podem e nem devem ser paliativas;*

*2.– O direito não pode ficar estático alheio às transformações sociais, devendo
prevalecer as regras que visam à proteção dos direitos do ser humano no
caso, prevalecendo o direito à saúde, assegurado constitucionalmente;*

*3.– Aplica-se nos contratos sob a égide do Código de Defesa do Consumidor,
o princípio constitucional da isonomia, interpretando-os de maneira mais
favorável ao consumidor, para que se tenha por reequilibrada a relação jurídica;*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível sob nº 1147115-9, de Curitiba – 4ª Vara Cível, em que é apelante **Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos de Curitiba – Unimed** e apelado **Elison Soares de Brito**.

I – RELATÓRIO

Elison Soares de Brito promoveu Ação de obrigação de fazer perante a 4ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em face de *Sociedade Cooperativa de serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda. – Unimed Curitiba*, em razão da negativa da requerida em liberar a realização de procedimento de angioplastia com colocação de Stent periférico, com os materiais necessários.

Concedida a tutela antecipada, ao final, a ação foi julgada procedente, confirmando a liminar concedida e afirmando a obrigação da ré cobrir o procedimento cirúrgico nos termos e condições solicitados pelo autor. Condenou ainda a ré ao pagamento das custas processuais e honorários em favor do patrono da autora, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) (fls. 139/145).

Irresignada, *Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda. – Unimed Curitiba*, interpôs o presente recurso, alegando que os procedimentos foram indeferidos em função de divergência médica quanto à indicação solicitada, e o terceiro médico designado para analisar a solicitação concluiu que não havia indicação para o tratamento proposto para o autor. Requer a reforma da sentença e a minoração do valor dos honorários advocatícios (fls.148/162).

II – O VOTO E SEUS FUNDAMENTOS

Trata-se de recurso de apelação contra sentença que julgou procedente Ação de obrigação de fazer ajuizada por *Elison Soares de Brito* para afirmar a obrigação da ré em liberar o procedimento solicitado ao autor.

Ocorre que o paciente foi submetido a exames de emergência os quais indicaram a necessidade de se fazer uma Angioplastia coronária com implante de “*stent*”, em razão de ficar constatada “*estenose crítica de artéria carótida esquerda*”.

A apelante, em suas razões, defende a tese de que a análise técnica realizada por médicos auditores constatou a necessidade de uma terceira opinião, que por sua vez concluiu que a estenose apresentada pelo paciente é de 70% (setenta por cento), e a indicação do procedimento cirúrgico só é recomendada para estenoses superiores a 80% (oitenta por cento).

Porém, cabe ao médico que acompanha o paciente e não ao plano de saúde estabelecer qual o melhor tipo de tratamento a ser dispensado ao doente. No caso em questão, a indicação pelo médico assistente é suficiente para a realização do procedimento, uma vez que este não está previsto nos procedimentos excluídos pelo plano.

É pacífico o entendimento de que se tratando os contratos de plano de saúde de contrato de adesão, devem ser aplicadas aos mesmos as regras do Código de Defesa de Consumidor, especialmente no que diz respeito ao seu artigo 47, in verbis:

“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Desta forma, não há como considerar válida a cláusula que nega o tratamento ao paciente, por ferir diretamente o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou:

“SEGURO SAÚDE. COBERTURA. CÂNCER DE PULMÃO. TRATAMENTO COM QUIMIOTERAPIA. CLÁUSULA ABUSIVA. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª Turma, REsp. 668.216/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15/03/2007).

Observe-se, que em se tratando de tratamento de saúde, deve o mesmo ser feito de maneira eficaz, com o que se tem de mais moderno, visando a plena recuperação do paciente, descartando as soluções paliativas.

É cediço que o contratante do plano de saúde visa proteger sua integridade física quando se associa aos convênios médicos, busca a se-

gurança de poder contar, quando necessário, com a assistência prometida, e pela qual, inclusive, despende uma quantia mensal significativa.

Não podem os planos de saúde equiparar-se a negócios jurídicos de efeitos estritamente patrimoniais, pois nele está em jogo a vida das pessoas, que é o valor primeiro e o fundamento último de toda a ordem jurídica.

Dispõe o art. 196 da Constituição Federal que:

"A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Além disso, é preciso lembrar que as cláusulas contratuais, na espécie, devem ser analisadas à luz do Código de Defesa do Consumidor, uma vez ser indubitável que a parte autora, ao adquirir da ré o comprometimento de prestação de serviço médico-hospitalar, estabeleceu uma verdadeira relação de consumo que encontra tutela especificamente no CDC.

Leciona Cláudia Lima Marques (Marques. Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ed. RT, 4ª. ed., p. 227):

"(...)a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual. A evolução doutrinária do direito dos contratos já pleiteava uma interpretação teleológica do contrato, um respeito maior pelos interesses sociais envolvidos, pelas expectativas legítimas das partes, especialmente das partes que só tiveram a liberdade de aderir ou não aos termos pré-elaborados".

A justiça contratual, por sua vez, é informada pelo princípio da equidade, ou seja, pelo equilíbrio entre prestação e contraprestação.

Com razão o Prof. Genival Veloso de França, ao comentar:

"Com certeza, a grande batalha a ser travada pelos consumidores no campo da prestação de serviços médicos será no sentido de controlar de vez os planos de saúde, cujas cláusulas contidas nos contratos, em letras microscópicas, são inaceitáveis, não só no que diz respeito às carências, mas, principalmente, as de não obrigação de tratamento de determinadas doenças, como se o paciente pudesse escolher quando e de que viesse adoecer". (França. Genival Veloso de. "O Código do Consumidor e o Exercício da Medicina", citado na Revista de Direito do Consumidor n.º 19, ed. RT, p. 355):

Do disposto na lei extrai-se que a intenção do legislador foi assegurar o atendimento completo do segurado.

Por isso, inadmissível a redução de tais contratos aos padrões dos negócios regidos apenas pela lógica dos lucros, baseados em cálculos mesquinhos das operações econômicas ou financeiras.

E na tarefa de coibir tais abusos dos mais fortes contra os mais fracos, à medida que violam regras morais elementares da ordem pública vigente, já então se dizia que:

"(...) necessidade não há de disposição legal expressa, que a cada hipótese de fato particularmente se refira, para se decretar a invalidade dos fatos voluntários que as mencionadas regras desrespeitem, pois fazê-las respeitar através dos julgamentos dos casos concretos é a mais alta entre as altas funções que ao Juiz compete exercer." (Ráo. Vicente. Ato Jurídico, ed. Saraiva, 3ª ed., p. 159.).

Assim, necessário dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde na discussão dos contratos, eis que hipossuficiente por presunção legal.

Na análise dos contratos de prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, cabe ressaltar o entendimento manifestado pela Min. Nancy Andrighi, proferido no Recurso Especial n.º 319.707 (STJ. REsp. n.º 391.707, 3ª T., voto da Min. Nancy Andrighi, j. 07/11/02):

"(...) 'O objeto ou a finalidade desse contrato é garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, através da assunção pela de reembolsar as despesas efetuadas para esse fim. Como já acentuou, Cláudia Lima Marques.

"O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados)". (Marques, Cláudia Lima.

“Conflitos de Leis no Tempo de Direito Adquirido dos Consumidores de Planos de Saúde e Seguros de Saúde” in Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 124”.

O contrato é aleatório porque o cumprimento da obrigação do segurador depende de se e quando ocorra evento danoso. Todavia, o segurador estará obrigado a indenizar o segurado pelos custos com tratamento médico adequado desde que sobrevenha doença, sendo esta a finalidade do seguro-saúde.

Assim sendo, a exclusão da cobertura, a priori, de determinado procedimento médico, ferirá a finalidade básica do contrato se, no caso concreto, este for justamente o essencial para garantir a saúde e, algumas vezes, a vida do segurado.

(...)

Note-se, ainda, que, além de malferir o fim primordial deste seguro, a cláusula restritiva de cobertura, ora em comento, acarreta desvantagem excessiva ao segurado, pois este celebra o contrato justamente por ser imprevisível a doença que poderá acometê-lo, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, com o intuito, então, de se assegurar contra estes riscos.

Observando-se a hipótese dos autos, o prêmio era pago em dia, na expectativa legítima e lógica de se obter tratamento médico adequado quando necessário. Portanto, a negativa de cobertura do tratamento apontado pelos médicos como necessário, sob a alegação de estar previamente excluído do contrato, frustrou também a expectativa jurídica do segurado, que ficou exageradamente prejudicado em relação ao segurador.

(...)

A saúde é direito constitucionalmente assegurado. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contra-partida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendose o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior à qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida

em que auferido com a prestação de serviço adequado garantido constitucionalmente.

E o que se entende por serviço adequado é aquele que possibilita a garantia da saúde por inteiro, através da viabilização do tratamento médico necessário e de qualidade, seja pelo Estado ou pela iniciativa privada.(...)”

Neste sentido a jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - ANGIOPLASTIA COM IMPLANTAÇÃO DE STENT FARMACOLÓGICO - LIBERAÇÃO DO PROCEDIMENTO COM A NEGATIVA DE CUSTEIO DO STENT, POR EXCLUSÃO CONTRATUAL DE COBERTURA - ILEGALIDADE - CONTRATO ANTERIOR À LEI 9.656/98 - OPÇÃO DE ADAPTAÇÃO DO CONTRATO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS - ÔNUS DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE - CONTRATO DE ADESÃO - AFRONTA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CONTRATAÇÃO DE MÓDULO OPCIONAL QUE PREVIA A POSSIBILIDADE DE CUSTEIO DE PRÓTESES E ASSEMBELHADOS PARA CIRURGIAS CARDÍACAS - INCOMPATIBILIDADE COM A EXCLUSÃO CONSTANTE DO MÓDULO BÁSICO - INTERPRETAÇÃO DE FORMA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DO CDC - IMPLANTAÇÃO DE MECANISMO QUE SE DESTINA À PERFECTIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO COBERTO PELO PLANO DE SAÚDE - RESPEITO À PRÓPRIA FINALIDADE DO CONTRATO - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RECONHECIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 9ª C. Cível - AC - 1090121-2 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Domingos José Perfetto - Unânime - J. 31.10.2013)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA E DANO MORAL - ANGIOPLASTIA COM IMPLANTAÇÃO DE STENT - NEGATIVA DE COBERTURA DO STENT PELA UNIMED - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ADAPTAÇÃO DO CONTRATO A LEI 9.656/98 QUE REGULAMENTA OS PLANOS DE SAÚDE - INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL - FATO IRRELEVANTE PARA A SOLUÇÃO DA LIDE - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA ABUSIVA - ART. 47 DO CDC - NÃO COBERTURA DE ACESSÓRIOS INDISPENSÁVEIS À REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS ACOBERTADOS PELO PLANO QUE SE REVELA ABUSIVA - SENTENÇA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO (TJPR - 9ª C. Cível - AC - 1093393-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: José Augusto Gomes Aniceto - Unânime - J. 31.10.2013)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE FORNECIMENTO DE STENT PARA TRATAMENTO CARDIOVASCULAR. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DE ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL A DESPEITO DA

IRRETROATIVIDADE DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CLÁUSULA DA QUAL NÃO SE EXTRAÍ DIFERENÇA ENTRE PRÓTESE/ÓRTESE CARDÍACA E VASCULAR E QUE NÃO ATENDE AO PRECEITO DO ART. 51, IV, DO CDC, FORNEIMENTO DEVIDO. BEM COMO DE SEU § 1º. II. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES DO MESMO AREÓPAGO. VALOR DA INDENIZAÇÃO, R\$ 10.000,00, QUE NÃO SE MOSTRA EXCESSIVO, POR ATENDER AO CARÁTER INIBITÓRIO DA SANÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 8ª Cívél - AC - 1022194-2 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Jorge de Oliveira Vargas - Unânime - J. 29.08.2013)

O valor dos honorários deve ser mantido, eis que corresponde ao trabalho realizado nos termos do artigo 20, do CPC.

Diante do exposto, é de se negar provimento ao recurso de apelação de *Sociedade Cooperativa de serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda. – Unimed Curitiba*.

III – DISPOSITIVO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cívél do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por *unanimidade* de votos, em **negar provimento ao recurso de apelação**, nos termos do voto do relator.

Participaram da sessão de julgamento os Excelentíssimos

Desembargadores *José Laurindo de Souza Netto* – Presidente sem voto, *Jorge de Oliveira Vargas* e *Albino Jacomel Guérios*.

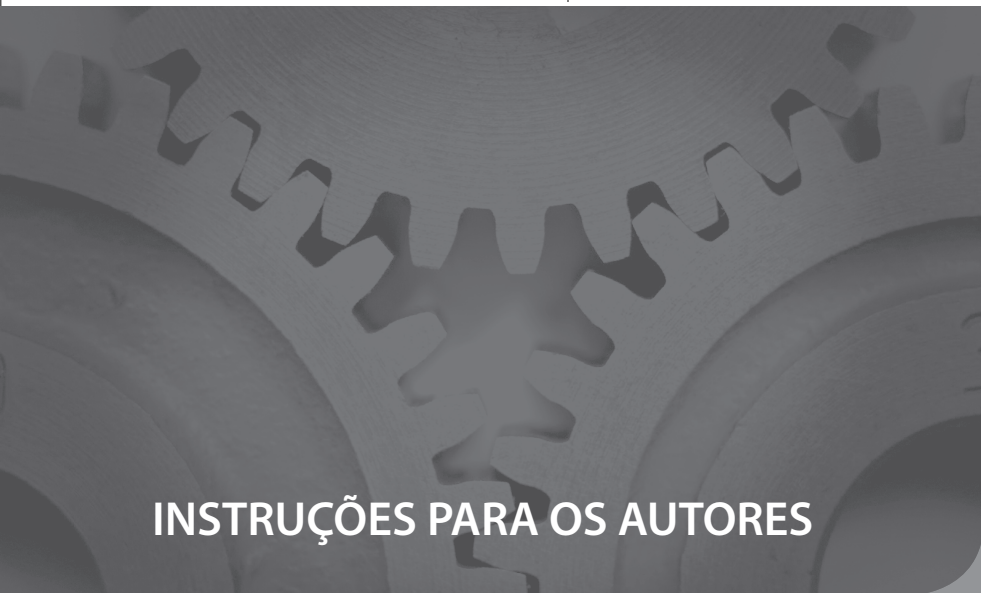
Curitiba, 03 de abril de 2014.



SERGIO LUIZ PATITUCCI

Relator





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.
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:

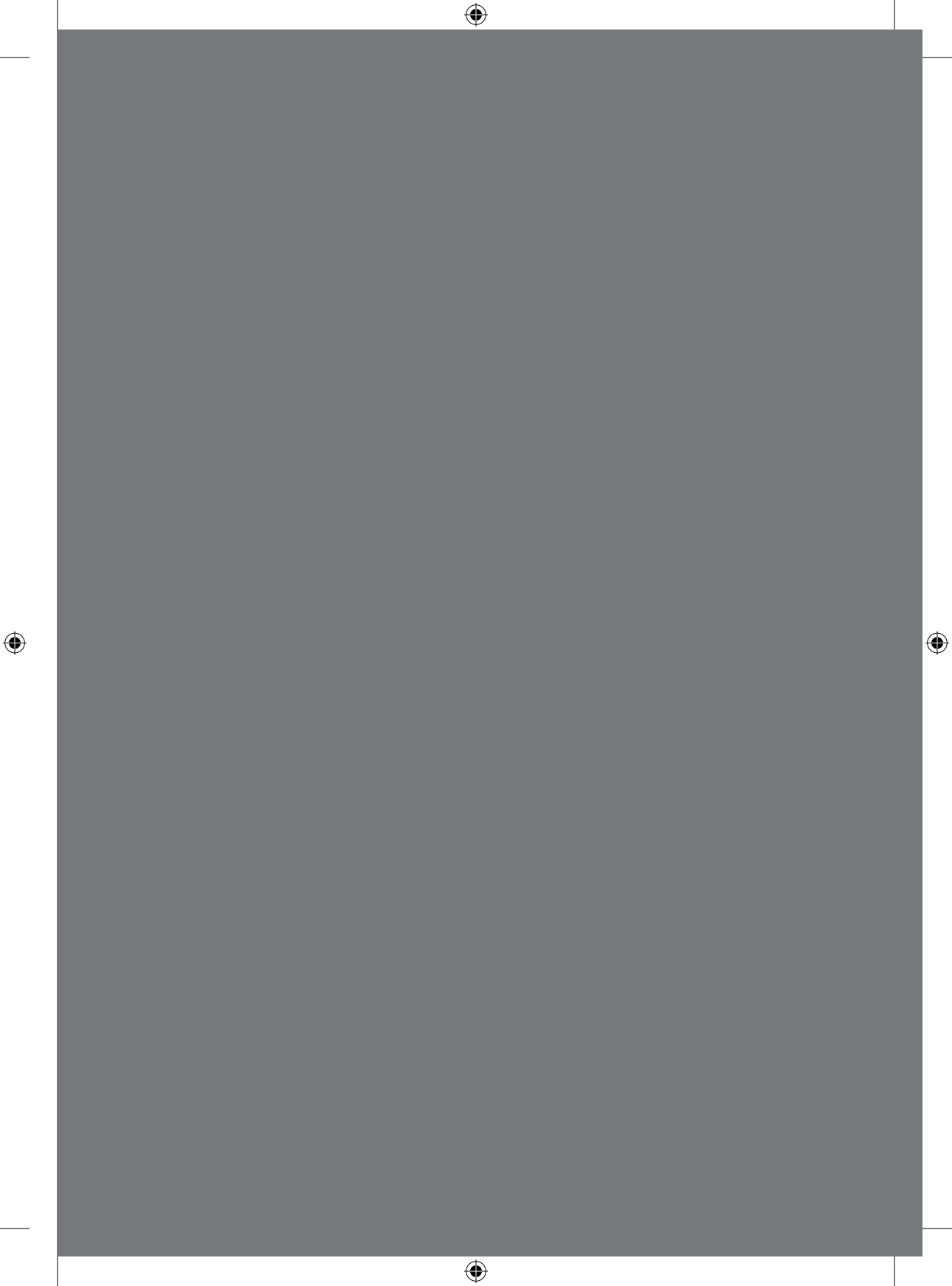
- fonte de digitação Arial tamanho 12, com espaçamento de linhas de 1,5 e alinhamento justificado;
- numeração sequencial de página na margem inferior direita, no documento inteiro;
- uso de 3 cm para margem à esquerda e 2 cm para superior, inferior e à direita, e parágrafos recuados em 1,5 cm da esquerda;
- 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 IV • Número 6 • Janeiro a Junho de 2014

Esta revista foi impressa em papel Offset 90g/m², capa Fosca, tamanho 15x21,
na Gráfica Nova Letra em Agosto de 2015. Tiragem de 500 exemplares.

www.femipa.org.br