

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE

Ano VIII - Número 8 - Julho a Dezembro de 2018



FEMIPA

FEDERAÇÃO DAS UNIDADES LÓGICAS DE ATENDIMENTO
E HOSPÍTAIS REFERENCIAIS DO ESTADO DO PARANÁ



REVISTA BRASILEIRA
**DE DIREITO
DA SAÚDE**

Revista Brasileira de Direito da Saúde

Publicação semestral da Femipa – Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Benéficos do Estado do Paraná, a 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.

Revista Brasileira de Direito da Saúde

Ano VIII - Número 8 - Julho a Dezembro de 2018. Femipa – Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Benéficos do Estado do Paraná.

Pág. 198

Semestral

ISSN 2238-0477

1. Direito. 2. Saúde.

CDU – 342.7

Flaviano Feu Ventorim

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

Maçazumi Furtado Niwa

Coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde

Fernando Borges Mânica

Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde

Conselho Editorial

- André Gonçalo Dias Pereira (Universidade de Coimbra)
- Fernando Augusto de Melo Guimarães (TCE-PR)
- Gilmar de Assis (MP-MG)
- Gustavo Justino de Oliveira (USP)
- José Eduardo Sabo Paes (MP-DF)
- Miguel Kfoury Neto (TJ-PR)
- Paulo Bonavides (UFCE)
- Paulo Garrido Modesto (MP-BA e UFBA)
- Vanessa Verdolim Hudson de Andrade (TJ-MG)

Colaboradores deste Volume

- Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti
- Camila Jorge Ungaratti
- Fernando Borges Mânica
- Irene Patrícia Nohara
- Italo Roberto Fuhrmann
- Juliana Gonçalves de Oliveira
- Larissa Caroline Ferreira
- Lia Mosti Manso

Diagramação

Pedro Luis Vieira

SUMÁRIO

Clique no número da página para ir diretamente ao artigo desejado.

7

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

9

ATUE COMO GESTOR, PERCA SEU PATRIMÔNIO E SEJA PRESO

Josenir Teixeira



47

O CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEUS DESDOBRAMENTOS NO DIREITO À SAÚDE

Felipe de Bastos Freire Alvarenga /
Lígia Braghetto Montoro



71

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ATO DE MÉDICO SEM E COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO: UMA ABORDAGEM COMPARATIVA À LUZ DA PROTEÇÃO DA VÍTIMA

Larissa Drumond Moreira



93

**DA RESCISÃO CONTRATUAL CAUSADA
PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE
NO TOCANTE À MANUTENÇÃO DE SUAS
REDES CREDENCIADAS**

Rui Licínio de Castro Paixão Filho



113

**A CONSOLIDAÇÃO DOS REQUISITOS DA
IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA AS ENTIDADES
ASSISTENCIAIS DE SAÚDE: UMA LEITURA
ANALÍTICA E PRÁTICA DA DECISÃO PROFERIDA
NA ADIN 2028 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

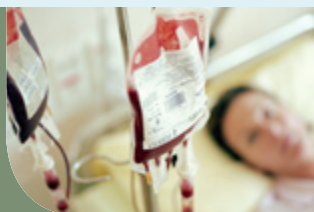
Jair José Mariano Filho / Fernanda Bazanelli Bini / Claudio Bini



139

**A RECUSA À TRANSFUSÃO SANGUÍNEA NO
CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: DIREITO À
LIBERDADE RELIGIOSA VERSO DIREITO À VIDA**

Fabiana Campos Franco / John Lennon Fernando de Jesuso
Sátina Priscila Marcondes Pimenta



167

**BREVES CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS
SOBRE A POLÊMICA ENVOLVENDO
A FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA,
A "PÍLULA DO CÂNCER"**

Thays Costa Nostre Teixeira / Ligia Maria Comis Dutra



193

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

195

NORMAS DE PADRONIZAÇÃO E ENVIO DE ARTIGOS

APRESENTAÇÃO

É com alegria que apresentamos à comunidade científica e profissional a oitava edição da Revista Brasileira de Saúde – RBDS, organizada pela Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná – FEMIPA.

A presente edição, veiculada em meio digital, surge num momento em que se intensificam as discussões acerca da saúde pública no Brasil, em especial no que tange (i) a judicialização da saúde, em especial com o julgamento de processos judiciais perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça; à sustentabilidade dos sistemas universais de saúde, bem como das entidades privadas prestadoras de serviços públicos de saúde; e à regulação do sistema de saúde suplementar e das clínicas populares, com possível ampliação da autonomia contratual de operadores e usuários.

Nesse contexto, este volume traz interessantes estudos sobre temas que estão na pauta de debates. No primeiro artigo são tratadas as modelagens para a participação da sociedade organizada no SUS, com análise focada, especialmente, nos contratos de gestão e nas parcerias público-privadas. Sobre o mesmo assunto, o segundo estudo volta-se a descrever e analisar o panorama das parcerias público-privadas do tipo concessão administrativa no Brasil e no mundo. Em seguida, os trabalhos voltam-se à judicialização da saúde. O primeiro deles tem como objeto a efetividade do direito fundamental à saúde, à luz da judicialização; o segundo trata do direito à saúde na práxis jurisdicional; e o terceiro

discute os parâmetros jurídicos a serem observados na judicialização da saúde. Por fim, interessante artigo trata dos aspectos jurídicos dos contratos coletivos de planos de saúde.

Esperamos com a presente edição colaborar com os debates e estimular novos diálogos e reflexões sobre o Direito à Saúde, tema tão caro à nossa sociedade nos dias atuais.

Flaviano Feu Ventorim

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

Professor da Universidade Positivo - PR.

Doutor em Direito pela USP.

Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde





ATUE COMO GESTOR, PERCA SEU PATRIMÔNIO E SEJA PRESO

BE A MANAGER, LOSE YOUR ASSETS AND BE ARRESTED

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 Law School/ SP) e em Direito do Terceiro Setor pela FGV/SP. Vice-Presidente do IBATS – Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor. Foi membro do Conselho Consultivo da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP. Foi presidente da Comissão de Defesa das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos da OAB/SP. Autor de oito livros nas áreas do Terceiro Setor e da Saúde. OAB/SP 125.253

Sumário: 1. Introdução. 2. O Brasil brasileiro. 3. A inevitável e desejável evolução do direito administrativo. 4. Quem é o dirigente? 4.1. Atividades do dirigente. 5. A equiparação do gestor privado ao agente público quando há verba pública envolvida. 6. A necessária limitação da ação do gestor diante do cenário jurídico-normativo. 7. Imprescritibilidade de ressarcimento ao erário. 8. Os princípios constitucionais. 9. O amplo alcance da legislação infraconstitucional de enquadramento das atividades do gestor. 10. A necessária prestação de contas completa e pormenorizada pelo gestor. 11. Conclusão. 12. Referências bibliográficas.

Resumo: O cipoal jurídico brasileiro é imenso e pródigo em prever as mais variadas, genéricas e amplas situações de enquadramento de atividades tidas como criminosas. As autoridades, de diversos níveis e esferas, vivem momento de excitação extrema e têm, à sua disposição, emaranhado de normas para classificar as mais diversas ações praticadas pelas pessoas. Os gestores de entidades sem fins lucrativos, especialmente os que atuam na área da saúde e mais precisamente em hospitais filantrópicos, nem sempre conhecem em detalhe as regras legais que incidem e norteiam a sua atuação profissional e nem os limites e cuidados que devem observar e adotar no seu dia a dia para evitar a sanha das autoridades ou mesmo a prática de crimes assim não compreendidos por eles justamente em razão de desinformação. Atuação praticada com boa intenção, mas sem observância dos incontáveis preceitos legais, pode ser (e tem sido) enquadrada e classificada como crime pelas autoridades, que sugerem a prisão (temporária ou preventiva) da pessoa, o que muitas vezes é acatado pelo judiciário e coloca os gestores na cadeia e em situação de extrema fragilidade moral e patrimonial, descrédito e humilhação, tudo de antemão, sem que necessariamente a presunção que gerou a investigação se concretize ou seja provada. Acontece que a desgraça pessoal aos gestores já foi causada e nem sempre eles conseguem se refazer do infortúnio. É sobre esse contexto que se discorrerá com a intenção de alertar os administradores de dinheiros públicos sobre a necessidade de serem cuidadosos, atenciosos, técnicos e restritivos no desenvolvimento de sua atividade profissional.

Palavras-chave: Pessoa. Dirigente. Administrador. Agente público. Equiparação. Responsabilidade. Crime. Improbidade administrativa. Prestação de contas. Entidade sem fins lucrativos. Hospital. Parceria. Prestação de serviços.

Abstract: Brazilian legal system is immense and prodigal in predicting the most varied, generic and broad situations of framing of activities con-

sidered as criminal. The authorities, of different levels and spheres, live in a moment of extreme excitement and have at their disposal a tangle of norms to classify the most diverse actions practiced by people. Managers of non-profit entities, especially those active in the health area and more precisely in philanthropic hospitals, do not always know in detail the legal rules that influence and guide their professional performance and the limits and care they must observe and adopt to avoid the action of the authorities or even the practice of crimes unknown by them.

Acting in good faith, but without observing the countless legal requirements, it can be (and has been) framed and classified as a crime by the authorities, who suggested the arrest (temporary or preventive) of the person, which is often heeded by the judiciary and places managers in jail and in extreme moral and patrimonial weakness, discredit and humiliation, everything beforehand, without necessarily the presumption that generated research materialize or be proven. It turns out that the personal disgrace to the managers has already been caused and not always they are able to recover from the misfortune. In this context, the present study will discuss, with the intention of alerting public money managers about the need to be careful, attentive, technical and restrictive in the development of their professional activity.

1. INTRODUÇÃO

Não, o título deste artigo não é exagerado e nem despropositado. Muito menos irresponsável. Ele resume o que vem acontecendo com dirigentes de entidades sem fins lucrativos que ousam dedicar seu tempo e conhecimento na tentativa de ajudar o próximo por meio da assunção de cargos nelas.

É óbvio que não iremos aqui defender bandidos que se aproveitam de cargos e do exercício de funções nas instituições filantrópicas para praticar crimes, desviando o dinheiro que deveria ser aplicado no atendimento das pessoas para os seus próprios bolsos.

Os casos comprovados de tal prática devem ser (e estão sendo) punidos criminalmente e tais pessoas são corretamente presas e afastadas do convívio dos seus pares em razão do egoísmo e ilegalidade de suas posturas que foram assim enquadradas pela legislação penal.

Este artigo pretende abordar a situação do dirigente honesto que nem sempre consegue cumprir o difícil e às vezes impraticável emaranhado de normas jurídicas que se aplicam quando a entidade na qual ele atua recebe re-

passe de verbas públicas para serem empregadas em determinada finalidade.

E ao assim agir, às vezes inadvertidamente, ele acaba por conhecer outro confuso e enigmático labirinto de normas penais aplicáveis justamente àquelas situações não necessariamente ocasionadas por má-fé nem por desvio de conduta, mas que podem lhe causar seríssimas consequências não só em relação à sua liberdade de ir e vir, mas também ao seu patrimônio que pode ser perdido em prol dos entes políticos.

2. O BRASIL BRASILEIRO

O Brasil não é um país para amadores, diz a máxima popular. E isso é de fácil constatação por meio de diversas formas e sob vários aspectos.

Somos a oitava potência financeira mundial, mas nossa população amarga doenças encontradas em países de terceiro mundo e assistimos o retorno de algumas que tinham sido controladas há tempos, em razão de vários motivos políticos, sociais, financeiros, geográficos e culturais, dentre outros.

Importamos leis que deram certo em países de primeiro mundo, que possuem população de primeiro mundo e com grau de cidadania mais elevado, desenvolvido e sensível que o nosso, e queremos que aquelas normas deem certo aqui, como se a solução para os problemas decorresse da simples edição e publicação de regras jurídicas no diário oficial.

Aliás, diretrizes normativas não faltam no Brasil. Existem aos milhões - e não é força de expressão - para regulamentar absolutamente tudo o que você consiga imaginar, desde a proibição de colocação de saleiro na mesa de restaurantes¹ (para evitar o consumo excessivo) e de fornecimento de canudos plásticos² em estabelecimentos comerciais, até o descarte de embriões não fecundados por empresas que se dedicam a este negócio.

Em países ricos, suburbanos e nos quais a cidadania ainda engatinha, como é o nosso, onde o Estado é forte e arrecada mais de R\$ 3,3 trilhões por ano em impostos, sempre há a tendência de as pessoas se aproximarem dele procurando encontrar uma teta para se alimentar de leite público produzido num úbere quase inesgotável, que se renova mensalmente pela injeção do dinheiro dos impostos pagos pelos brasileiros.

1 A lei estadual n. 10.369/15, do Espírito Santo, foi considerada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça daquele estado, conforme consta do processo n. 0037560-21.2016.8.08.000.

2 Projeto de lei n. 99/2018, da Câmara Municipal de São Paulo.

A eterna discussão acerca da separação entre o que é público e privado vem de centenas de anos e passa por quase todos os autores clássicos que lemos, desde Aristóteles, Platão (que entendia não haver diferença), Rudolf von Jhering, Hans Kelsen, John Locke, John Stuart Mill, Jean Jacques Rousseau, Nicolau Maquiavel, até filósofos mais recentes como Jürgen Habermas, Norberto Bobbio, Hannah Arendt e diversos autores brasileiros, juristas e pensadores, como Miguel Reale, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Oliveira Vianna, Gilberto Freyre e Sérgio Buarque de Holanda, dentre diversos que poderiam ser aqui citados.

Há até matéria específica nas faculdades de Direito para estudar o assunto - a Teoria Geral do Direito - que faz a dicotomia e estuda os pormenores do direito público e do direito privado e suas dezenas de variações e subclassificações.

Se ainda há certa confusão doutrinária e técnica na classificação do que seja público e privado e várias situações podem ser inseridas e compreendidas como sendo mescla entre esses dois conceitos, mais rebuliço acontece no dia a dia prático das pessoas, que quase sempre desconhecem a sinuosidade e largueza da teoria jurídica que vige no Brasil, que se concretiza em leis, decretos, portarias, resoluções, instruções, pareceres, orientações ou qualquer outro nome que se dê às normas legais.

3. A INEVITÁVEL E DESEJÁVEL EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Com o passar do tempo, o direito público avançou no seu aprofundamento técnico e abrangência cotidiana e hoje o direito administrativo é um dos protagonistas dos caminhos da sociedade brasileira - na qual ainda prevalece um Estado gordo -, o que aconteceu em razão da vanguarda e qualidade técnica dos autores que escreveram e escrevem sobre ele, da democratização promovida pela internet, da globalização das coisas e da evolução da discussão sobre política, inclusive as públicas, além de outros fatores que poderiam ser mencionados para contextualizar o que se pretende.

O cenário normativo brasileiro de hoje acerca do direito administrativo é assustador, dado ao esmiuçamento das previsões a serem cumpridas por quem se meter a besta em gerir algum equipamento público, movido por interesses filantrópicos e imbuídos de dever cívico e cidadania.

É claro que há que haver rigidez legal em relação a quem tiver objetivos menos republicanos e nobres e que visem a sua própria algibeira em detrimento do bem-estar comum e geral da população. E há.

Para ambos existe um arsenal jurídico engatilhado para fiscalizar as suas ações e enquadrar o mínimo desvirtuamento, mesmo que seja aquele provocado pela inacreditável burocracia atrapalhadora e impedidora da concretização de ações benéficas à população.

Afirme-se desde já para evitar qualquer mal-entendido ou conjecturas incorretas que isso não é ruim. Não necessariamente é ruim. Não se pode ser contrário, em sã consciência, à prevenção e previsão expressa da prática de ilícitos, e é obrigação de todos agir conforme as normas legais construídas pela sociedade.

Não se pode ignorar a discussão doutrinária acerca da imbricação entre o direito penal (econômico) e o direito administrativo, adjetivado como sancionador (punitivo). Não vamos nos ater à aplicação de sanções na via administrativa ou judicial, ou em ambas, concomitantemente, o que é defendido por alguns doutrinadores e refutado por outros.

Para não deixar de comentar este particular, mesmo que superficialmente, cite-se que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que *“Esta Corte Superior possui entendimento de que é possível a aplicação cumulativa das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que ocorreu no caso.”*³

O relatório deste julgado transcreveu trecho do acórdão impugnado - e mantido - assim redigido:

A antiga redação do artigo 12, caput, da Lei 8.429/92 assim dispunha: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: (...)”

A Lei 12.120 de 2009 alterou a redação do caput do mencionado artigo, autorizando a aplicação de mais de uma pena, de acordo com a gravidade do fato, senão vejamos: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, **que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato**: (...) (grifo meu)”.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.386.409.

Fato é que a alteração trazida na lei buscou sanar uma omissão que deixava margem a largas discussões na doutrina e jurisprudência sobre possibilidade ou não de aplicação cumulativa das penas nos casos de improbidade administrativa.

A jurisprudência majoritária, antes mesmo da alteração, afirmava ser possível a aplicação cumulativa das penalidades.

Ora, diante da existência inequívoca de improbidade administrativa, parece-me que houve razoabilidade e proporcionalidade na aplicação do disposto no artigo 12 da Lei 8.429/92, diante do inequívoco enriquecimento ilícito e da lesão ao erário. (grifos no original)

4. QUEM É O DIRIGENTE?

Quem dirige uma entidade do Terceiro Setor (o dirigente) é responsável por dar o caminho a ser seguido por ela; é quem a governa, comanda, administra, decide, define pagamentos e posições estratégicas, enfim, é o guia no cumprimento das finalidades previstas no estatuto. É quem assume os riscos inerentes ao desenvolvimento de qualquer atividade.⁴

O dirigente pode ser identificado como qualquer pessoa que efetivamente pratica as ações inerentes aos atos acima mencionados, independentemente da sua denominação, podendo ser o presidente (normalmente) ou quaisquer diretores estatutários, o superintendente, o gerente, o procurador (Código Civil, art. 653), o preposto etc.

A diretoria estatutária da instituição é órgão colegiado composto por todos os cargos mencionados no seu estatuto. O presidente é o portavoz das decisões daquelas pessoas, quando decidem os assuntos em reunião, e também atua isoladamente no exercício das suas funções - previstas no estatuto - o que atrai para ele as consequências jurídicas dos (e pelos) seus atos.

Eis decisão judicial que mostra o alargamento da abrangência do conceito de dirigente: *“O CTN, no inciso III do Art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.”*⁵

4 TEIXEIRA, Josenir. A responsabilidade jurídica dos dirigentes de entidade do Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-32, jan./jun. 2008.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 86.439/ES.

Todas as pessoas que possuam poder de decidir alguma coisa e assumir riscos podem ser classificadas como dirigentes, o que irá depender do caso concreto a ser analisado e enfrentado e das circunstâncias fáticas que contextualizaram aquela postura, logicamente.

4.1. ATIVIDADES DO DIRIGENTE

Deve o dirigente exercer seus atos de gestão com competência, eficiência, honestidade, diligência⁶ (cuidado, zelo, interesse – art. 1.011⁷ do Código Civil, por analogia), lealdade⁸ (fidelidade, sigilo, manter reserva

6 BRASIL. Lei n. 6.404/76, **Art. 153**. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

§ 2º É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

§ 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia.

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

7 BRASIL. Código Civil (Lei n. 10.406/02), **Art. 1.011**. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

§ 2º. Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

8 BRASIL, Lei n. 6.404/74, Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

§ 4o. (incluído pela Lei n. 10.303/01) – É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

sobre os negócios da entidade), reportando as informações⁹ necessárias (relatório, comunicação, números etc.) a quem de direito e cumprir fielmente a lei, o estatuto e as demais normas internas inerentes à sua atividade, sem preterir qualquer grupo ou categoria de associados, evitando conflito de interesse¹⁰ (o pessoal *versus* o da entidade - art. 117¹¹ do Código Civil - devendo o dirigente declarar à entidade a extensão de interesse seu que seja conflitante com o da instituição) no exercício de suas funções.

Independentemente de quem for identificado como dirigente, a pessoa que se propuser a assim atuar e desenvolver tais atividades deve ter por norte e postura o respeito às leis (*compliance* = programa de integridade), ao estatuto e a todas as demais normas que lhe forem aplicáveis, o exercício regular do poder e dos atos de gestão¹², o respeito aos limites de atuação que lhe forem impostos e evitar conflitos entre os seus interesses pessoais e os da entidade (vejam as acusações nesse sentido que estão sendo imputadas a Carlos Ghosn - ex-presidente da aliança Nissan-Renault-Mitsubishi - pelas autoridades japonesas), sem tirar nenhum tipo de vantagem pessoal e não causando dano ou prejuízo a terceiros, em princípio ele não será responsável perante a entidade ou terceiros¹³ e a situação não

9 BRASIL, Lei n. 6.404/76, **Art. 157**. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. (...)

§ 2º Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembleia, e fornecidos por cópia aos solicitantes.

§ 3º A revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem. (...)

10 BRASIL, Lei n. 6.404/74, **Art. 156**. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

§ 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

11 BRASIL, Código Civil (Lei n. 10.406/02), **Art. 117**. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo. Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido subestabelecidos.

12 BRASIL, Lei n. 6.404/76, **Art. 158**. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de **ato regular de gestão**; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.

13 "A regra no Egrégio STJ, em tema de responsabilidade patrimonial secundária é a de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa." BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.

interessará ao mundo jurídico, eis que os comandos legais cogentes estão sendo observados. E tais atos, assim exercidos, obrigam a pessoa jurídica, conforme prevê o art. 47^{14 15} do Código Civil.

A situação passará a interessar ao Direito quando o dirigente descumprir obrigações legais, normas internas (decisões das assembleias gerais e da diretoria, por exemplo, além do estatuto) e/ou funcionais, agir com excesso de poder e causar dano ou prejuízo a terceiros, inclusive e principalmente, nos dias de hoje, ao governo, em todas as suas esferas, e à sociedade, no sentido lato.

José Eduardo Sabo Paes¹⁶ anota que “*consagrou-se nas pessoas jurídicas em geral o regime de responsabilidade dos administradores pelos excessos, abusos ou violação da lei, do contrato ou do estatuto.*”

Pode ser entendido como excesso de poder a prática de ato a) para o qual não foi autorizado, b) que extrapola os poderes que lhe foram outorgados, c) que foge ao padrão da normalidade e à praxe dos negócios, d) que infrinja a lei, o contrato ou o estatuto.

Há certa carga de subjetivismo nas situações acima exemplificadas, o que permite e pode justificar a abertura de procedimentos investigativos que são muito invasivos contra as pessoas, no que diz respeito à aplicação de restrições imediatas de toda ordem, antes mesmo da conclusão acerca da prática ou não de ilegalidades, o que certamente exporá os dirigentes de forma desproporcional e vexatória, principalmente quando se comprovar a sua inocência, dali a alguns anos.

5. A EQUIPARAÇÃO DO GESTOR PRIVADO AO AGENTE PÚBLICO QUANDO HÁ VERBA PÚBLICA ENVOLVIDA

A Lei 8.429, de 1992, é conhecida como LIA – Lei de Improbidade Administrativa – e *dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.*

610.216/PR.

14 BRASIL, Código Civil (Lei n. 10.406/02), Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

15 DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil Comentado – Coordenador: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

16 PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social, Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Lei 10.406/02. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

Ela define “agente público”, no seu artigo 2º, como “*todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*”, que são “*a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual*” (artigo 1º).

O artigo 1º da lei ressalva, logo no início da sua redação, que “*Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, (...)*”, o que dá sustentação legal para punir a pessoa que exerce suas funções de forma privada, no setor privado, contratado por qualquer forma diferente do concurso público, seja como empregado (art. 3º do Decreto-Lei 5.452/43), trabalhador autônomo (art. 4º da Lei 3.807/60 e, por analogia, art. 11, V, g e h, da Lei 8.213/91), prestador de serviços (art. 593 e seguintes da Lei 10.406/02), inclusive por meio de pessoas jurídicas (art. 44 da Lei 10.406/02) ou cooperativa (art. 1.093 e seguintes da Lei 10.406/02), e que atua com o gerenciamento de dinheiro proveniente dos cofres públicos.

Os artigos 3º e 4º da LIA são redigidos exatamente neste sentido e não deixam dúvidas acerca do alcance das suas previsões à pessoa que pratica crimes, mesmo não sendo agente público por enquadramento direto:

Art. 3º- As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 4º- Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

O Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40) foi alterado pela Lei 9.983/00, que incluiu o parágrafo primeiro ao artigo 327, assim redigido:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (...)

O judiciário sacramentou essa possibilidade em diversos julgados, como o que decidiu, em 2004, que:

O conceito de agente público se estende aos médicos e administradores de entidade hospitalar privada que administram recursos públicos providos do Sistema Único de Saúde”, cuja ementa foi “Recurso Especial. Direito Penal. Médicos e administradores de entidade hospitalar privada. Agentes públicos por equiparação. Artigo 327, parágrafo 1º, do Código Penal.¹⁷

Esta decisão judicial traz no seu bojo a indicação de outros precedentes para sustentar que “*esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que o conceito de agente público se estende aos médicos e administradores de entidade hospitalar privada que administram recursos públicos do Sistema Único de Saúde*” e citou:

Na trilha do pensamento desta Casa, o profissional médico que participa do Sistema Único de Saúde, por meio de convênio ou contrato, se enquadra na previsão do art. 327 do Código Penal, ou seja, considera-se funcionário público por equiparação.¹⁸

Os médicos e administradores de hospitais particulares participantes do sistema único de saúde exercem atividades típicas da Administração Pública, mediante contrato de direito público ou convênio, nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição da República, equiparando-se, pois, a funcionário público para fins penais, nos termos do § 1º do art. 327 do Código Penal.¹⁹

Enquadra-se no conceito de funcionário público, para fins penais, todo aquele que exercer função pública, temporária ou permanente, a título oneroso ou gratuito, ainda que a mesma seja delegada. Inteligência do art. 327 do Código Penal, preconizada mesmo antes do advento da Lei N.º 9.983/2000. Administradores de hospital conveniado ao SUS e médicos que atendem pacientes segurados por esta Autarquia estão inseridos nesta concepção, por exercerem função pública delegada.²⁰

3. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.²¹

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 412.845/RS.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 12.405/SC.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 331.055/RS.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 15.081/RS.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 495.933/RS.

Para ilustrar ainda mais o que se está a dizer, cita-se uma decisão, de várias, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que menciona na sua ementa a situação específica aqui tratada:

2. Não fora isso, os precedentes afirmam que hospitais e seus dirigentes, e médicos conveniados do SUS, que exerçam funções delegadas, administrando verbas públicas, podem responder por improbidade administrativa, como servidores públicos por extensão legal (Lei 8.429/92, art. 2º).

3. Comprovadas, documentalmente, no âmbito do hospital apelante, irregularidades nas AIHs auditadas e na aplicação das verbas repassadas pelo SUS, causando prejuízo ao erário federal, é de confirmar-se a sentença que o condenou ao ressarcimento. (...)²²

Dúvida nenhuma há, portanto, acerca da aplicação das normas jurídicas inerentes especificamente aos agentes e servidores públicos aos gestores privados, por extensão, quando estes administrarem dinheiros públicos.

Por curiosidade, convém mencionar que o gestor privado, na condição de gerenciador de verba pública e que eventualmente for acusado de malversação dela, não poderá figurar sozinho como réu do processo sem a companhia de pelo menos um agente público responsável pelo ato reputado como ilícito.

É o que afirma Fernão Justen de Oliveira, que defende que “*o particular não pode ser processado sozinho por improbidade administrativa, embora sujeite-se a sanções previstas em outras disposições legais.*” Comenta ele:

O sujeito ativo por excelência da improbidade administrativa é o agente público que a comete em perspectiva primária. É ele quem pratica o ato, sozinho ou com a participação de terceiro. 10 Sob tal aspecto, é intuitivo que, para praticar o ato ímprobo, o terceiro deverá necessariamente estar em companhia da pessoa física ou jurídica que integra a estrutura formal da Administração – o que determina a legitimidade passiva sempre acessória do terceiro, em relação à do agente público.²³

O posicionamento doutrinário acima imediatamente indicado foi firmado em razão do caso concreto envolvendo Guilherme Fontes Filmes Ltda. e outros, “*pela malversação de recursos públicos (R\$ 51.034.617,02)*”

22 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação n. 1106166.2009.401330.

23 OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Chatô, o rei do Brasil” e improbidade administrativa em agente público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC vol. 19 (julho-agosto 2015)

oriundos da renúncia fiscal concedida pela Administração Federal, previstos na Lei Federal de Incentivo à Cultura, Lei nº 8.213/93, e na Lei do Audiovisual, Lei nº 8.685/93, em razão da não apresentação no formato pactuado da obra, para a realização da qual captaram os recursos, bem como pela irregular prestação de contas.” (fl. 03)

Eis a ementa do julgamento do caso, definida pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA APENAS CONTRA PARTICULAR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO NO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. PRECEDENTES.

I – A abrangência do conceito de agente público estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em perfeita sintonia com o construído pela doutrina e jurisprudência, estando em conformidade com o art. 37 da Constituição da República.

II – Nos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

III – A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

IV – Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes.

V – Recurso especial improvido.²⁴

Do voto vencedor construído pela ministra Regina Helena Costa extraímos as seguintes passagens, que poderão ser invocadas pelos gestores de entidades filantrópicas a seu favor, por analogia e dependendo do caso concreto no qual eventualmente estejam envolvidos:

(...)

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.405.748/RJ.

A questão federal sob exame diz com a amplitude do conceito de agente público, para fins de responsabilização de particular por ato de improbidade administrativa, bem como a possibilidade de o particular ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade sozinho, isoladamente, ou seja, sem ter atuado em conjunto com algum agente público.

(...)

Nesse contexto, consoante inteligência do art. 37 da Constituição da República, após a Emenda Constitucional n. 18/98, agentes públicos constitui gênero, que compreende os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público, como os delegatários, concessionários e permissionários do serviço público, ou seja, aqueles que agem em nome do Estado e desempenham funções estatais.

(...)

O dispositivo transcrito [art. 3º Lei 8.429/92] deixa claro que a responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, em apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

Impende anotar que as condutas consistentes em induzir e concorrer, não podem ser praticadas sem outra pessoa; quem induz, induz alguém; e quem concorre, só pode concorrer com a conduta de outrem, que no caso, tem que ser agente público.

Por seu turno, a expressão *aquele que tenha se beneficiado*, direta ou indiretamente, também diz com benefício advindo da conduta de outrem, que, como repisado, só pode ser um agente público.

Em resumo, nos expressos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

Da interpretação sistemática e teleológica da Lei n. 8.429/92, verifica-se que os conceitos de agente público e ato de improbidade administrativa estão necessariamente atrelados, de sorte que não existe a possibilidade de imputação exclusiva, a quem não seja agente público, da prática de ato de improbidade administrativa.

Outrossim, tratando-se de matéria sancionatória, não é possível aplicar-se interpretação extensiva ao conceito de agente público, para alcançar particulares que não se encontra no exercício de função estatal, desprezando-se conceito forjado ao longo tempo pela doutrina e jurisprudência e incorporado no direito positivo.

(...)

No presente caso, em que pesem a gravidade dos fatos descritos pelo Ministério Público, a Ação de Improbidade Administrativa foi proposta exclusivamente contra particulares, que não se enquadram no conceito, já amplo, de agente público. Daí que, não havendo imputação de ato ímprobo a nenhum agente público, o juízo de primeiro grau extinguiu o feito sem resolução de mérito, sentença mantida, pelos mesmos fundamentos, pelo Tribunal de origem.

Diante dos fundamentos apresentados, inviável a propositura de Ação de Improbidade Administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público responsável pelo ato questionado no polo passivo da demanda, o que não impede a atuação do Parquet no tocante à eventual responsabilização penal e ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas.

6. A NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DA AÇÃO DO GESTOR DIANTE DO CENÁRIO JURÍDICO-NORMATIVO

Já ouvi de um político que “a burocracia protege”. Estranhei a fala naquela época, mas as casuísticas vivenciadas e o amadurecimento profissional mostram que ele estava certo.

Outro aprendizado: mesmo que a burocracia impeça a boa aplicação dos recursos públicos, limite a quantidade de destinatários deles e desautorize a prática de ação que seja boa para a população, o gestor não deverá executar a atividade, pois ele irá pagar caro pela inobservância dela (da burocracia) e das regras de cabresto que as normas contêm. Paciência. É assim que o sistema funciona e a culpa disso não é do gestor, público ou privado.

De boas intenções o inferno está cheio e não serão elas (as boas ações) os álibis suficientes para contornar ou justificar o descumprimento de uma burocracia e impedir que um gestor bem-intencionado tenha o seu patrimônio bloqueado ou que seja preso em razão disso.

Em abril de 2019, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) divulgou o resumo das suas atividades do primeiro trimestre

de 2019 e informou que os 2.663 processos julgados na primeira instância culminaram com a condenação dos gestores em devolver R\$ 20.668.329,21 aos cofres públicos, em razão da má utilização por eles, segundo sustenta aquela Corte.²⁵

É bem provável que nesse enorme universo de processos e de valores estejam inseridos gestores que agiram com boa-fé, voluntariedade e boa vontade de ajudar o próximo, mas que tenham descumprido regras burocráticas ou se descuidado de formalizar e comprovar a destinação e os gastos que fizeram utilizando verbas públicas. E eles pagarão muito caro pelos deslizes operacionais, inclusive com a devolução do dinheiro público gasto - em qualquer tempo, pois é imprescritível -, além da aplicação de sanções administrativas, penais e civis.

É óbvio que os desvios realizados por má-fé e produtos de interesse e atitude criminosos, eventualmente existentes dentro do universo de processos julgados pelo TCE/SP, terão que ser rigorosa e exemplarmente punidos.

As Cortes de Contas têm à sua disposição um processo administrativo formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública a fim de obter o respectivo ressarcimento, chamado Tomada de Contas Especial^{26 27 28}, que é bastante utilizado. Cada vez mais, na verdade.

7. IMPRESCRITIBILIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “**são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa**”²⁹, em decorrência da ressalva estabelecida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, e da necessidade de proteção do patrimônio público.

25 Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Comunicado SDG nº 12/2019, de 08.04.2019.

26 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa n. 71/2012, que prevê: Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento. Parágrafo único. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o Erário.

27 BRASIL. Lei Complementar n. 709/93, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado.

28 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Resolução n. 03/02.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 852.475/SP.

Para tal configuração, a improbidade deverá ser necessariamente dolosa, ou seja, quando o ato de improbidade decorrer em enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou causar dano intencional à administração pública.

Esta decisão é polêmica e a votação por seis a cinco, no Supremo Tribunal Federal, retrata bem isso. A Corte Suprema andou mal ao assim decidir e trouxe enorme insegurança jurídica às pessoas que desenvolvem atividades no setor público e no privado - que recebem repasse de verba pública - pois tornou eterna a possibilidade de serem cobrados por atos praticados durante a sua gestão, ao bel prazer e interesse da autoridade da vez.

8. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Todo gestor deve desenvolver sua atividade com seriedade, competência e rigor e respeitar integralmente as imensuráveis normas jurídicas existentes, dentre elas, e principalmente, os princípios gerais jurídicos constitucionais.

A Constituição Federal (CF) brasileira de 1988 positivou no seu texto princípios que devem ser obrigatoriamente seguidos por qualquer pessoa que pretenda exercer alguma função ou se relacionar com a administração pública ou mesmo desenvolver atividade privada, mas que tenha correlação ou financiamento de dinheiro público.

E todos os princípios, juntos ou separados, serão invocados e estarão presentes quando houver qualquer tipo de denúncia das autoridades contra alguém em razão de pretenso ou efetivo desvio ou malversação (má administração) de dinheiro público.

Eis os tais princípios jurídicos constitucionais, para que o leitor compreenda a abrangência dos seus conteúdos:

ECONOMICIDADE – é a possibilidade de promover resultados com o menor custo possível. (CF, art. 70)

EFICIÊNCIA – é a consequência esperada da realização correta e adequada das funções, atribuições e/ou atividades pelas pessoas a partir da utilização dos recursos disponíveis da melhor forma possível visando a obtenção de resultados positivos e qualidade satisfatória dos serviços. (CF, art. 37)

IMPESSOALIDADE – é a obrigação de tratar todos igualmente e agir de forma a não identificar, discriminar, direcionar ou privilegiar alguém no exercício da atividade, devendo ser mantida a necessária impar-

cialidade, exigindo-se tratamento equânime e neutralidade, abominando-se favoritismos e restrições indevidas. (CF, art. 37)

IMPROBIDADE – é a prática de atos ou realização de ações com desonestidade, mau caráter, má índole, falta de honradez e de lisura. (CF, art. 37, § 4º)

LEGALIDADE – é aquilo que provém da lei e que está dentro dela. (CF, arts. 5º, II, e 37)

MORALIDADE – é o comportamento do ser humano dentro da sociedade a partir de um conjunto de valores, normas e noções indicativas sobre o que é certo ou errado, proibido ou permitido, que constitui o conceito de moral. (CF, art. 37)

PUBLICIDADE – é a divulgação pública (sem qualquer sigilo ou restrição) de informações em geral que permita às pessoas o acesso completo a qualquer dado que tenha interesse para possibilitar o acompanhamento do desenvolvimento da atividade, da conduta dos agentes públicos, e o exercício da fiscalização sobre todos os aspectos dos negócios realizados que envolvam verbas públicas. (CF, art. 37)

A **TRANSPARÊNCIA** é a qualidade do que é transparente, ou seja, que se pode ver através de alguma coisa de forma translúcida. Ela não foi tratada de forma específica nem expressa na Constituição Federal, mas claramente decorre do entendimento e da aplicação do princípio da PUBLICIDADE, previsto no artigo 37 dela. Além deste artigo, a TRANSPARÊNCIA também pode ser enquadrada no art. 5º, XXXIII, XXXIV, LX e LXXII, da CF.

Cite-se também a Lei de Acesso à Informação (LAI), n. 12.527/11, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas entidades públicas e também privadas nela mencionadas *“com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.”* (art. 1º)

Prevê o artigo 3º da LAI:

Art. 3º- Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

9. O AMPLO ALCANCE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE ENQUADRAMENTO DAS ATIVIDADES DO GESTOR

Além da Constituição, várias normas jurídicas infraconstitucionais preveem a obrigatoriedade de observância irrestrita aos princípios acima mencionados, inclusive e especialmente a Lei n. 8.666/93 (lei de licitações), que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, e prevê:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Apesar de muito criticada desde a sua edição, em 1993, há vinte e seis anos, portanto, ainda é esta lei o norte a ser seguido pelas pessoas que exercem atividades ou cargos no âmbito da administração pública ou em entidades privadas que realizam funções públicas.

Diz o texto desta lei, a respeito da sua aplicação:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[...]

Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

E esta lei n. 8.666/93 também prevê uma série de circunstâncias e atos que devem ser evitados pela pessoa que atua no gerenciamento da coisa pública, inclusive verba.

É prudente transcrever o texto para que o leitor não afeito às normas legais leia e conheça diretamente na fonte todas as situações criadas pela norma e constatar a amplitude com a qual ela é redigida.

Prevê referida lei:

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

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

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

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

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

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

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

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

Veja-se que a quantidade de ações estampadas nos vários verbos usados pela lei não deixa dúvidas que é bastante complexa, restrita e burocrática a atuação no trato com a coisa pública, ainda mais quando envolve a administração direta ou transferência de dinheiro público para terceiros gerenciarem.

Somam-se a tais previsões legais algumas situações que o legislador definiu que se caracterizam como crime e que são bastante comuns nas acusações feitas a agentes públicos ou privados que exercem função pública. Prevê o Código Penal brasileiro (Decreto-Lei 2.848/40):

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Peculato mediante erro de outrem

Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Tráfico de Influência

Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

A transcrição do texto legal é importante para que o leitor conheça as minúcias e variedades linguísticas com as quais as redações são feitas, de forma a abranger todas as posturas que podem constituir na prática de crime.

Nessa linha de pensamento, cite-se o texto da Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, dentre outros, que inclusive traz regras de medidas assecuratórias:

Lavagem de dinheiro

Art. 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º- Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º- A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º- A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º- A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Art. 4º- O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

§ 1º- Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. (...)

§ 4º- Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

Art. 7º- São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

Não poderia ficar de fora desta breve relação a transcrição de alguns artigos da LIA - Lei de Improbidade Administrativa - (n. 8.429/92), que trazem enorme e detalhado rol de ações e atividades que são consideradas crime, conforme constam dos artigos abaixo transcritos, vários deles incluídos pelas leis 12.120/09, 13.019/14, 13.204/15 e 13.650/18:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio,

de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou

valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades

privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Além das amplíssimas situações acima descritas, veja-se a vastidão das previsões constantes na Lei Anticorrupção (n. 12.846/13) a respeito dos atos praticados pela pessoa jurídica:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

É no decreto 8.420/15, que regulamenta a Lei 12.846/13, que está a definição do que seja *programa de integridade*, ou *compliance*, como também é conhecido, em dispositivo assim redigido:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Observe atentamente o leitor que a redação do texto das normas legais evoluiu muito nos últimos anos para prever de forma absolutamente detalhada e dilatada as várias situações entendidas como indevidas de serem praticadas pelas pessoas, tornando crime diversas posturas e ações dos gestores que, se não forem conhecidas nas suas minudências, pode-

rão levá-lo para a cadeia, não só em longo prazo, mas também de imediato, em razão da larga utilização do expediente das prisões temporária e preventiva, antes da condenação criminal, conforme autoriza a legislação penal.

10. A NECESSÁRIA PRESTAÇÃO DE CONTAS COMPLETA E PORMENORIZADA PELO GESTOR

O relacionamento entre o gestor de entidade privada que recebe repasse de verbas públicas deve ser pautado pela transparência e estrito cumprimento do que está escrito no instrumento jurídico que o norteia.

Não há qualquer espaço de manobra ou discricionariedade para que o gestor altere o plano de trabalho que irá obrigatoriamente conduzir a parceria ou mesmo a prestação de serviços entabulada.

O gestor deve literal obediência aos termos do que foi pactuado, mesmo que exista alguma besteira neles. Identificada esta, cabe às partes elaborar e assinar aditamento para alterar ou adequar a situação ou a meta à realidade e somente a partir daí mudar o que até então estava sendo (obrigatoriamente) praticado.

Nunca o gestor deve realizar qualquer atividade que não esteja expressamente prevista no instrumento jurídico e seus anexos que orientam o relacionamento entre as partes, pois a consequência dessa inobservância pode ser catastrófica.

A lei é rigorosa, fria e inflexível e não há oportunidade nela para criatividade ou desvio acerca do que está textualmente combinado entre os signatários do instrumento jurídico que rege o relacionamento entre eles.

As parcerias entre as entidades privadas e o poder público devem obrigatoriamente passar e vencer quatro fases clássicas e claras: a) planejamento (plano de trabalho detalhado); b) execução (demonstrativo de receitas e despesas); c) controle (prestação de contas) e d) avaliação (fiscalização).

A prestação de contas é o ato administrativo praticado pelo dirigente da entidade recebedora de verbas públicas, que visa mostrar a quem quer que seja que as atividades constantes do instrumento jurídico de parceria ou de prestação de serviços foram desempenhadas a contento, que as metas foram atingidas ou apresentar as justificativas para não terem sido,

se for o caso, e que o relacionamento se mostrou exitoso para ambas as partes e também para os destinatários delas, ou seja, o público-alvo.

Não se deve economizar nas explicações, planilhas, tabelas e relatórios no momento da prestação de contas. A entidade deve produzir e reunir toda e qualquer informação e documento que justifique cada centavo do dinheiro público gasto, pois, se assim não fizer, os seus dirigentes serão denunciados por desvio de dinheiro público, independentemente da quantidade dos centavos em relação aos quais não houve a correlação válida da sua utilização.

A Constituição Federal de 1988 prevê a obrigatoriedade de prestação de contas, em dispositivo assim redigido:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Vinte e um anos antes da Constituição de 1988 já previa o Decreto-Lei 200, de 1967, em vigor:

Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de corresponsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas da União decidiu sobre o assunto, conforme ementa abaixo transcrita:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. CONTAS IRREGULARES. A omissão no dever de prestar contas impõe o julgamento pela irregularidade das contas e a condenação em débito do responsável, com aplicação de multa, não sendo acolhidas alegações de defesa sem elementos que comprovem a correta aplicação dos recursos.³⁰

Prevê a Lei 8.443/92, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de contas da União:

Art. 8º- Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1928/2005, 2ª Câmara.

no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

§ 1º- Não atendido o disposto no caput deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

§ 2º- A tomada de contas especial prevista no caput deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao Erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu Regimento Interno.

Prestação de contas “é o conjunto de *documentos e informações disponibilizados pelos dirigentes das entidades aos órgãos interessados e autoridades, de forma a possibilitar a apreciação, conhecimento e julgamento das contas e da gestão dos administradores das entidades, segundo as competências de cada órgão e autoridade, na periodicidade estabelecida no estatuto social ou na lei*.”³¹

Vê-se pela definição que prestar contas não significa juntar um punhado de documentos numa pasta e entregar a alguém. Não é isso.

Prestar contas é elaborar relatório detalhado, pormenorizado e categorizado de todas as atividades que foram desenvolvidas pela entidade com o emprego de verba pública; é confrontar as metas quanti e qualitativas estipuladas com as alcançadas e justificar o seu atingimento ou não; é elaborar tabelas e planilhas para facilitar o entendimento das informações pelo interlocutor e comprovar todas elas com os documentos reunidos de forma ordenada, cronológica e referenciada, de modo a permitir que o destinatário entenda e tenha poder de análise para concluir pela regularidade (ou não) da atuação da instituição.

A entidade deve prestar contas primeiro para si mesma, para os seus órgãos identificados no estatuto ou no regulamento e que compõem

31 BRASIL. Manual de Procedimentos para o Terceiro Setor – Aspectos de Gestão e de Contabilidade para Entidades de Interesse Social. José Antônio de França (coordenador); Álvaro Pereira de Andrade ... [et al.]. Brasília: CFC: FBC: Profis, 2015. p. 81 Disponível em http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/Miolo_MTS_web.pdf Acesso 01 mai 2019 12h15.

o sistema de governança corporativa interno. A diretoria executiva, normalmente a executora da atividade, deve prestar contas do projeto para a) a diretoria estatutária, b) o Conselho Fiscal, c) o Conselho de Administração, d) a auditoria interna, e) a auditoria independente externa e, se aprovada por todas essas autoridades internas, finalmente para f) a assembleia geral, para a aprovação final.

Essa ordem ou quantidade de etapas sugeridas poderá variar dependendo da organização interna da entidade. É absolutamente importante e primordial que as pessoas que forem avaliar e aprovar a prestação de contas da entidade internamente sejam diferentes daquelas que executaram o projeto, sob pena de incontornável mácula e visão míope e direcionada do fiscalizador.

É claro que a execução das atividades deve ser acompanhada diária, semanal e mensalmente pelos supervisores internos da entidade para assegurar que não haverá desvio de foco nem das metas e, se houver, que ele seja observado de imediato e apurado.

É a correta execução diuturna das atividades combinadas com o ente político ou órgão público que será retratada e constituirá a matéria-prima da prestação de contas.

De nada vai adiantar se se perceber, ao final do prazo de vigência dos instrumentos jurídicos, que algo foi feito errado ou deixado de ser executado, pois a cronologia do tempo não retorna e impossibilita a correta prestação de contas, caso existissem metas periódicas a serem cumpridas. E se isso acontecer, a entidade e os seus dirigentes poderão ter que enfrentar investigação das autoridades, que sempre vem acompanhada de acusações de prática de crimes, como consequência natural, diante do rigorismo das leis e da impetuosidade daquelas.

Somente após a superação da importante etapa interna acima retratada é que a prestação de contas deverá ser levada ao conhecimento das autoridades, tais como a Comissão de Avaliação e Fiscalização criada pelo ente político ou órgão público que firmou a parceria, a Câmara Municipal ou Assembleia Legislativa, se for o caso, ao Tribunal de Contas (municipal, estadual ou da União), ao Ministério Público, se de direito, aos órgãos de classe e a qualquer Conselho político que eventualmente tenha relação direta com o assunto, e também ao público em geral por meio do site da instituição, conforme determina a Lei de Acesso à Informação, n. 12.527/11.

A não comprovação do uso do dinheiro público na finalidade pretendida por meio da não apresentação da prestação de contas ou a sua elaboração de forma indevida ou insuficiente para se chegar a tal conclusão é o passo inicial para o início de investigação pelas autoridades, conforme possibilitam as várias normas jurídicas aqui transcritas, que podem produzir os resultados aqui também referidos, com a eventual prisão dos dirigentes e a perda do seu patrimônio em favor do ente político ou órgão público, diante da acusação de peculato, corrupção (ativa ou passiva), improbidade administrativa e lavagem de dinheiro da qual poderão ser alvo.

11. CONCLUSÃO

Pretendeu-se alertar o dirigente de entidade sem fins lucrativos sobre o enorme arsenal legal existente que o obriga a ser cada vez mais diligente e detalhista na sua forma de atuação e na comprovação da correta utilização de dinheiro público que receber, sob pena de punição administrativa, civil e penal, diante das várias alterações sofridas nas redações das leis e criação de novas para contemplar uma série de verbos como núcleos dos seus artigos e da crescente fiscalização promovida pelas autoridades, o que é salutar e bom para a sociedade como um todo.

A sanção é a essência do Direito, pois se não houver punição para o descumpridor da lei, a sociedade na qual ele está inserido não se sustentará e os seus pilares desmoronarão.

Desde a eclosão do escândalo do mensalão, em 2005, que teve o seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, e depois a deflagração da Operação Lava Jato pela polícia federal em março de 2014, o Brasil tem vivenciado clima de apuração de ilícitos praticados, tendo por fio condutor o desvio de dinheiro público, em qualquer quantidade. E isso é bom.

As conclusões iniciais e precárias de algumas investigações têm sustentado o desencadeamento de operações policiais acompanhadas on-line e ao vivo pela mídia adremente avisada, que invariavelmente têm se valido da prisão temporária³² ou preventiva para enquadrar os gestores de verbas públicas, ao invés de optarem pelos procedimentos específicos previstos pela legislação, que sugerem o seguimento da instrução dos processos

32 A condução coercitiva de investigados para depor perante autoridades está proibida pelo Supremo Tribunal Federal desde dezembro de 2017, por meio da decisão proferida na Medida Cautelar na ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 444 (e também na de n. 395) proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

por meio de depoimentos, colheita de provas, relatório da autoridade policial e envio dele ao Ministério Público, distribuição de processo-crime, se for o caso, cumprimento dos ritos a ele inerentes, sentença, recursos e a liturgia prevista na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

É óbvio, claro e evidente que não estamos nos referindo aos casos em que as investigações avançaram e concluíram que as pessoas realmente praticaram crimes. Este artigo não pretende subverter a ordem jurídica das coisas e apoia a punição de quem se desviar da ética e descambar para a realização de atos que infrinjam a lei.

Para evitar situações constrangedoras e a prática de crime, em última análise, é imprescindível que o gestor privado de verbas públicas se oriente e se informe a respeito dos limites da sua atuação, enquadre as suas ações dentro do rigorismo da lei e que preste contas de forma detalhada das suas atividades.

Agindo assim e tendo por norte pelo menos as normas legais aqui trazidas, além de várias outras a serem observadas, o gestor privado de verbas públicas poderá atuar com tranquilidade e em prol da melhoria de vida do seu semelhante.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 852.475/SP.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 12.405/SC.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.386.409.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 86.439/ES.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 610.216/PR.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 412.845/RS.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 331.055/RS.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 15.081/RS.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 495.933/RS.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.405.748/RJ.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação n. 1106166.2009.401330.

BRASIL. Manual de Procedimentos para o Terceiro Setor – Aspectos de Gestão e de Contabilidade para Entidades de Interesse Social. José Antônio de França (coordenador); Álvaro Pereira de Andrade ... [et al.]. Brasília: CFC: FBC: Profis, 2015. p. 81 Disponível em http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/Miolo_MTS_web.pdf Acesso 01 mai 2019 12h15.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

SÃO PAULO. Lei Complementar n. 709, de 14 de janeiro de 1993.

DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil Comentado – Coordenador: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social, Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Lei 10.406/02. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Chatô, o rei do Brasil” e improbidade administrativa em agente público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC vol. 19 (julho-agosto 2015)

TEIXEIRA, Josenir. A responsabilidade jurídica dos dirigentes de entidade do Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-32, jan./jun. 2008.





O CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEUS DESDOBRAMENTOS NO DIREITO À SAÚDE

THE CYCLE OF PUBLIC POLICIES AND THEIR UNDERSTANDING ON THE RIGHT TO HEALTH

FELIPE DE BASTOS FREIRE ALVARENGA

Advogado, Mestrando em Direito da Saúde: dimensões individuais e coletivas pela Universidade Santa Cecília – UNISANTA. Pós-graduando em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Graduado pelo Centro Universitário Monte Serrat – UNIMONTE (2016).

LÍGIA BRAGHETTO MONTORO

Advogada. Mestranda em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas pela Universidade Santa Cecília – UNISANTA. Graduada pela Universidade Católica de Santos – UNISANTOS (2008).

Sumário: 1. Introdução – 2. Concepções Acerca das Políticas Públicas – 3. A importância da Análise no Ciclo construído das Políticas Públicas: proposta espiral - 4. Políticas Públicas e Saúde Pública – 5. O pensamento deve ser superior ao Problema – 6. Considerações Finais – Referências.

Resumo: O estudo apresentado no presente artigo objetiva demonstrar a importância elementar das Políticas Públicas, como um prolongamento da Ciência Política no trato com a Saúde Pública, atendendo o que se espera do Estado no que tange garantir a Dignidade da Pessoa Humana. Uma nova proposta de metodologia sistêmica foi apresentada como alternativa a ser empregada como substituta do usual “ciclo das políticas públicas”, possibilitando assim que a plena eficácia seja alcançada.

Abstract: The study presented in this article aims to demonstrate the basic importance of Public Policies as an extension of Political Science in dealing with Public Health, taking into account what is expected of the State in what concerns the Dignity of the Human Person. A new proposal for a systemic methodology was presented as an alternative to be used as a substitute for the usual “public policy cycle”, thus enabling full effectiveness to be achieved.

Palavras-Chave: Políticas Públicas. Saúde Pública. Ciclo de Políticas Públicas.

Key Words: Public policy. Public health. Public Policy Cycle

1. INTRODUÇÃO

O Século XXI somado ao crescente desenfreio da Globalização descerraram as cortinas para uma série de problemas de ordem mundial que carecem de atenção e solução.

Um dos temas mais discutidos ao término da 2ª Grande Guerra Mundial e com a criação da Organização das Nações Unidas - ONU foi o trato com a Dignidade da Pessoa Humana. Tal eixo de preocupação fez nascer a emblemática Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, através da qual teve início uma nova fase em nossa História – a fase da preocupação com os Direitos do Homem em sentido global e não mais regional ou local como em outros momentos da História.

Dentre os diversos direitos a serem protegidos e defendidos ferozmente pelo Estado e pela Comunidade Internacional está o Direito à Saúde, conforme dispõe o art. 25, da Declaração, a seguir transcrito:

1. **Toda a pessoa tem direito a 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, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.
2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social. (DECLARAÇÃO..., 1948 – grifo nosso)

Podemos dizer com profunda certeza e tranquilidade que o Direito à Saúde é um elemento que pode alicerçar o construto complexo da Dignidade da Pessoa Humana. Pois sem possuir condições de saúde favoráveis, o ser humano não conseguirá atingir ou alcançar quaisquer outros tipos de direitos fundamentais à sua vida e felicidade.

Historicamente, sabemos que o papel do Estado é o de atingir o bem comum, o bem coletivo e a paz social, ditando regras e pavimentando o caminho de seu povo.

Destarte para que o Estado, seja capaz de cumprir com o que se espera, são utilizados elementos oriundos da Ciência Política, dentre os quais encontramos as Políticas Públicas.

O tema Políticas Públicas é um dos mais importantes no que diz respeito à Gestão de um Estado, pois é por meio da elaboração e do manuseio de tal ferramental que o Gestor manipula a coisa Pública, instrumentalizando-a e tornando possível o encaixar dos dentes de uma complexa engrenagem.

Assim, o desleixo estatal com a utilização correta das Políticas Públicas resulta em violações de parâmetros mínimos esperados para composição da Dignidade da Pessoa Humana e da Democracia.

O enfoque central do presente estudo diz respeito a pautar sobre a importância que detêm a Política Pública e seu ciclo de aplicabilidade, fenômeno pouco estudado e muitas vezes deixado em segundo plano conforme levantamento realizado.

A grande problemática em questão está delineada pela ausência de proximidade entre a “saúde pública” e o estudo das “políticas públicas”.

Uma vez que a Política Pública é basicamente um antecipador de problemas, tentando trazer soluções palpáveis extirpadoras de controvérsias futuras. Grossamente dizendo, as Políticas Públicas seriam remédios para problemas públicos ou, melhor ainda, seriam tratamentos preventivos, no intuito de evitar a doença.

Para que exista harmonia no sistema estatal, a Gestão Pública deveria num utopismo premeditado buscar solução de problemas em um viés multidisciplinar, conforme olhar crítico de estudiosos.

Neste diapasão, para que exista uma Saúde Pública de qualidade, deve haver uma Política Pública de qualidade e, mais do que isso, o ciclo de operação da Política Pública deve ser analisado por indivíduos que possuam a capacidade de operar de acordo com parâmetros da Ciência Política e de necessidades de saúde pública, para que os relatórios analíticos sejam canalizadores, corretivos de falhas dos procedimentos oriundos de Políticas Públicas em geral.

Assim, o presente estudo traçará uma perspectiva do ponto de vista a ser abordado pelo analista de Políticas Públicas direcionadas à Saúde Pública.

Insta ainda apontar que o Sistema Público de Saúde no Brasil, embora exemplar em muitos aspectos, pode possuir uma falha estrutural, uma falha consequente da demasiada divisão e segregação de competências entre União, Estados Membros e Municípios, o que do ponto de vista deste estudo pode provocar ineficácia do objetivo maior que é a garantia mandamental de saúde pública de qualidade.

2. CONCEPÇÕES ACERCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de enveredarmos no cerne das Políticas Públicas e da Saúde Pública, devemos realizar alguns apontamentos conceituais acerca da Ciência Política, pois é este ramo que matriarca todos os desdobramentos aqui estudados.

Ciência Política está intrinsecamente ligada à Teoria Geral do Estado, e pode ser definida como “um conjunto organizado de conhecimentos, que se desenvolve no domínio do concreto e experimental, baseando na observação da realidade”. (CASTRO, 2004, p. 62).

Chama-se Ciência Política o estudo de teorias e casos práticos da política, bem como a análise e a descrição dos sistemas políticos e seus comportamentos. (DE CICCIO, 2010, p. 178).

Feitas breves considerações acerca do núcleo fundamental da gestão do Estado, a Ciência Política, passamos a tratar de um de seus elementos operacionais – as Políticas Públicas.

A primeira grande questão é como conceituar Políticas Públicas, uma vez que a literatura não é pacífica acerca do tema. Dentre os diversos conceitos e entendimentos podemos iniciar o posicionamento deste estudo apontando a Política Pública como uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. (SECCHI, 2013, p. 02)

Aprofundando um pouco mais no caminhar do desenvolvimento das Políticas Públicas, notamos após diversos levantamentos na literatura que o termo em estudo possui quatro pensadores idealizadores que ditaram a ordem conceitual que atualmente utilizamos. De Harold Dwight Lasswell, que apresentou a expressão *Policy Analysis*, (Política Pública), no ano de 1956, por meio da qual o autor estabelecia contato o conhecimento científico e acadêmico em torno da produção de ações governamentais. Passando por Hebert Simon que alterou a expressão para *Policy Makers*, entendendo que deveria existir um meio racional de estruturas que fundamentassem as necessidades dos gestores que iriam tomar decisões e por Charles Lindblom, que complementou os trabalhos anteriores, criticando-os pela não consideração de que para a elaboração de Políticas Públicas, diversos outros atores devem ser considerados. Chegando a Thomas Dye, para quem Políticas Públicas são “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”, pois a omissão também pode ser considerada uma forma de Política Pública.

Dois são os ensinamentos principais extraídos do breve relato que este antecede. O primeiro diz respeito aos atores envolvidos em políticas públicas, seriam entre outros mais: *os gestores, a academia científica em geral, os profissionais e os interessados*; um segundo ponto importante é apontar que para existir uma Política Pública deve existir uma problemática e a intenção de mudar o futuro, pois do contrário, se não há objetivo de alterar o futuro, teremos apenas ações comuns, rotineiras, mas jamais Políticas Públicas.

O aprendizado extraído deste arcabouço é o de que, muitas vezes, elementos políticos no sentido apenas eleitoral, movidos pela ganância e pelo poder ilimitado, utilizam jargões de Políticas Públicas como precursores de suas campanhas.

Poderíamos resumir Políticas Públicas conforme bem-dispôs SOUZA:

Como o campo do conhecimento que busca ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rimo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. (SOUZA, 2006, p. 26)

Ou ainda no entender da autora “políticas públicas, após desenhadas e formuladas, desdobram-se em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas. Quando postas em ação são implementadas, ficando daí submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação”. (SOUZA, 2006, p. 26)

Após apanhado conceitual, passamos a tratar do ciclo de Políticas Públicas. Iniciaremos o estudo pela finalidade de tal ferramenta – o problema, pois a Política Pública é utilizada para ceifar o problema público, assim como um tratamento preventivo para determinada doença.

“O problema público é a diferença entre a situação atual e a situação ideal possível para a realidade pública”. (SECCHI, 2013, p. 07).

Noutras palavras, o problema público é o que atinge a coletividade, em regra geral, ou elementos pontuais como determinadas minorias desfavorecidas, ainda podendo ser em relação ao cidadão singular, por exemplo, aquele que necessita de medicamentos de alto custo, o que embora não seja um problema coletivo, é um problema da sociedade e do Estado, pois é dever deste prover harmonia, paz social e a dignidade da pessoa humana.

Também vemos na ordem conceitual acima referida que o problema deve ser ajustado e corrigido de acordo com a realidade pública, e o Gestor Público muitas das vezes acaba por utilizar de princípios como o da reserva do possível para justificar o não implemento de determinada Política Pública. Cabendo ao interessado buscar seu direito no viés judicial, com fundamento no texto constitucional e em parâmetros como o do mínimo existencial.

A elaboração das Políticas Públicas segue o denominado Ciclo de Políticas Públicas, a seguir apresentado. Contudo, muitos acadêmicos e doutrinadores discordam de tal sistemática, alegando que as Políticas Públicas não possuem um ciclo exato e podem variar de acordo com as necessidades. Noutro liame, existem estudiosos que discorrem que a solução pode surgir antes mesmo do problema. Ou seja, possuir um sistema, um

ciclo ou um eixo tem a finalidade de direcionar o gestor no combate ao problema público, é uma ferramenta norteadora, não uma regra imutável.



3. A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE NO CICLO CONTRUTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PROPOSTA ESPIRAL.

O ciclo de Políticas Públicas é um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma Política Pública em fases sequenciais e interdependentes. (SECCHI, 2013, p. 33)

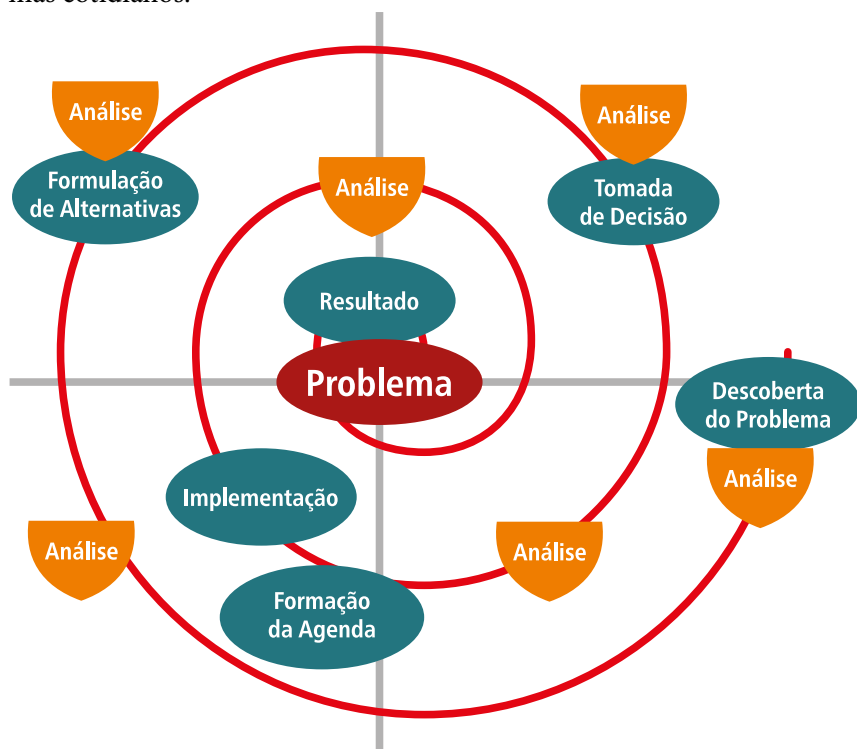
Ainda segundo o mesmo autor, cujo esquema já fora transcrito em tópico que este antecede, o ciclo seria composto pela *identificação do problema*, *formação da agenda*, *formulação de alternativas*, *tomada de decisão*, *implementação*, *avaliação* e *extinção*.

Contudo cabe aqui um contraponto ao que o douto autor afirma, pois a vida de uma Política Pública não necessariamente deve seguir uma lógica sequencial, uma vez que uma fase decorre da outra podendo ocorrer idas e vindas durante a construção da solução ideológica do problema.

Por meio deste estudo, entendemos que o melhor tipo de esquema para exemplificar a organização de uma Política Pública seria algo similar ao sistema *mesh* extraído das topologias das redes de computadores. Neste esquema todos os pontos estão interligados entre si, não havendo neces-

sariamente um movimento unicamente cíclico ou sequencial, pois o que importa é a busca pela solução do problema, atendidos os pressupostos de uma Gestão Pública de qualidade.

A figura a seguir pode esquematizar o pensamento dos autores concebido por este estudo, a partir de interpretação sistêmica da doutrina em geral, somada a visão atual do Estado brasileiro, e das inúmeras Políticas Públicas que existem, mas que não são objetivamente aplicadas ou alcançam sua finalidade, uma vez que se encontram entravadas em problemas cotidianos.



Proposta Concebida pelos Autores

Vejam que do ponto de vista destes autores, após apanhado na literatura, faz-se necessária a adoção de uma nova concepção no modelo de condução de Políticas Públicas, abordando as seguintes características:

- a) Deveria ser inserida uma nova fase no modelo denominado como a “Descoberta do Problema”, uma vez que o problema público é o alvo das políticas e deve ser combatido pela Gestão Pública, mas nem sempre será de conhecimento do Administrador – podendo ser conhecido por qualquer um dos outros atores da concepção da Política Pública;
- b) Devemos abandonar a concepção de ciclo, passando a um novo entendimento de movimento espiral, centrífugo cujo núcleo é o problema combatido e centrípeto onde ao mesmo tempo que se busca a solução de um determinado problema, outros podem surgir, provocando a demanda em elaboração de outras Políticas Públicas;
- c) Deve-se ainda pautar que todas as fases estão interligadas e conversam umas com as outras, podendo haver, se necessário, movimento retrógrado para correção de deficiências;
- d) A fase de avaliação deve estar presente em todos os momentos, e não apenas no que tange o resultado, pois dentro da formulação de uma Política Pública, podem surgir novos entraves – problemas – e a participação do analista qualificado será essencial para sanar possíveis falhas antes da fase seguinte ser iniciada ou antes da implementação da Política propriamente dita;
- e) A ação implementada pela Política Pública pode trazer 03 (três) resultados: problema sanado e extirpado; nascimento de um novo problema; ou falha e continuação do mesmo problema. Diante de cada resultado uma nova ação será imposta e o parecer emitido por equipe de analistas técnico especializados será o mecanismo a ser utilizado para inserção das correções a ser realizadas.

No que tange aos resultados, a espiral irá recomençar de acordo com cada ocorrência, e, no caso de resolução do Problema Público deve a Política ser mantida como referencial para futuras demandas similares.

Após considerações iniciais acerca da necessidade de alternar entre o modelo de ciclo para um novo modelo em espiral, no qual cada fase da produção da Política Pública esteja sequencialmente interligada com as demais e que seja possível o movimento retrógrado sempre que necessário, passamos à ordem conceitual de cada fase.

- **Identificação do Problema:** – um problema é a discrepância entre o status quo e uma situação ideal possível. Um problema público é a diferença do que é, e daquilo que se gostaria como realidade pública. (SECCHI, 2013, p. 34). Assim, o problema público possui caracteres subjetivos oriundos do ponto de vista

de cada autor, ligado a caracteres objetivos que são aqueles vivenciados por quem sofre com o problema. O mesmo pode ser súbito, inesperado, crescente e previsível, ou ainda coexistir com a sociedade em normalidade, pois o tempo faz com que o ser humano se adapte aos problemas. Em suma, o Problema Público é a deterioração da paz social – é a falha do Estado.

- **Formação da Agenda** – descoberta existência de um Problema Público tem início a confecção de uma Agenda voltada a solucioná-lo. Neste ponto, na grande maioria das vezes, o Agente Político vê a oportunidade de garantia de votos – usando o problema e a agenda a seu favor, numa ganância desmedida de criação de Políticas Públicas fundamentadas em ganho pessoal. As agendas listam prioridades de atuação quanto a temas entendidos como relevantes ou quanto a um conjunto de problemas. (SECCHI, 2013, p. 36)
- **Formulação de alternativas** – reconhecida a existência de um problema e devidamente inserido na agenda pública, cabe agora o papel de propor alternativas para a demanda. A formulação da Política a identificação e a determinação de possíveis soluções para os Problemas Públicos ou, para dizê-lo de outra maneira, a exploração de várias opções ou cursos alternativos de ação disponíveis para enfrentá-los. (HOWLETT, 2013, p. 123). Temos aqui uma fase de trabalho de analistas numa equipe multidisciplinar que irá conceber soluções palpáveis ao problema público de acordo com fundamentação técnica. Cabe ainda apontarmos que o ideal seria uma vinculação do agente gestor político ao que indica o parecer técnico emitido pelo especialista, tal vinculação também é uma ferramenta delimitadora do poder discricionário, pois assim não haveria direcionamento intencional ao ganho de votos baseado unicamente na elaboração de Políticas Públicas. Podemos resumir tal fase como sendo o estabelecimento de rotas viáveis no caminhar ao objetivo de solução do problema.
- **Tomada de decisão** – o estágio da tomada de decisão no processo político é aquele em que uma ou mais, ou nenhuma, das opções que foram debatidas e examinadas durante os estágios anteriores no ciclo político é aprovada como curso oficial de ação.

(HOWLETT, 2013, p. 157). A tomada de decisão provocará consequências na próxima fase, a implementação, pois cada decisão pressuporá condutas e ações diferentes.

- **Implementação** – neste momento temos a transformação da ideia em ação. O agente público inserirá a decisão tomada – transformada em Política Pública numa via de colisão ao Problema Público. Tal momento pode ser o mais complexo de todo sistema político, aqui residem a maioria dos casos natimortos de Políticas Públicas, decorrentes da ausência de planejamento adequado quanto à sua aplicabilidade. Não houve um sistema avaliativo correto e pertinente ao tema, realizado por analistas especializados com capacidade de nortear a Política Pública para plena eficácia.
- **Análise** – é a fase de formulação de *feedback* para cada agente envolvido no processo de formação da Política Pública, assim cresce de importância termos a ferramenta de ANÁLISE em todas as fases, não apenas no entorno da implementação. Um analista qualificado, com conhecimentos técnicos, é capaz de alterar o trajeto da elaboração de Políticas Públicas, minimizando problemas dentro de tal sistema.

Em relação à fase de implementação, o melhor modelo a ser seguido para eficácia das Políticas Públicas é o modelo *bottom-up*.

Neste modelo, o formato que a política pública adquiriu após a tomada de decisão não é definitivo, e a política pública é modificável por aqueles que a implementam no dia-a-dia. Em outras palavras, existe maior discricionariedade por parte dos gestores e burocratas. Esse papel de remodelação da política pública por aquelas que a implementam não é entendido como um desvirtuamento, mas sim como uma necessidade daquele que se depara com os problemas práticos da implementação. (SECCHI, 2013, p. 48)

Por outro lado, o modelo *top-down*, também trazido pelo mesmo autor, acaba por ser falho por existir uma segregação entre a tomada de decisão e a implementação, sendo que os agentes tomadores de decisão não se preocupam com as variações corriqueiras da implementação, como será observado em tópico futuro deste estudo ao traçar uma crítica à Política Nacional de Informação e Informática – PNIIS, visto que a Política foi elaborada, mas pelo que aparenta nem todos os possíveis desdobramentos foram pensados.

Outrossim, a figura do analista e da análise das Políticas Públicas, fase a fase, dentro de um movimento centrífugo em órbita ao problema público, pode ser o trunfo que a Administração Pública necessita para realmente atender a sociedade em seus anseios basilares, além de coibir ações pautadas em interesses pessoais, carregadas de corrupção ou de improbidade.

Tal aplicação traria eficiência à máquina pública, resultando em economicidade de tempo e de dinheiro público.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988, conhecida popularmente como Constituição Cidadã, garantiu dentre outros direitos fundamentais, o Direito à Saúde.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (CRFB 1988 – grifo meu).

...

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante **políticas** sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (CRFB 1988 – grifo meu).

Art. 197. São de **relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (CRFB 1988 – grifo meu).

Com tais propósitos nasceu o Sistema Único de Saúde – SUS – devidamente sistematizado por meio da Lei nº 8.080/1990.

O Sistema Único de Saúde colocou o Brasil num patamar de referência mundial devido ao tamanho de seu alcance, somado a seus exemplares preceitos fundamentais – integralidade, universalidade e equidade.

A aplicabilidade do SUS vai desde simples atendimentos para avaliação até casos complexos de atenção e fornecimento de medicamentos de alto custo e transplante de órgãos.

Porém, para gerir uma máquina com proporções jamais vistas, fez-se necessária a divisão de competências, ou seja, a gestão das ações e dos serviços de saúde é solidária e participativa entre os três entes da Federação.

A Gestão de Políticas Públicas referentes à Saúde Pública é o ponto fundamental a ser pautado no presente estudo.

Basicamente, cabe ao Ministério da Saúde a Gestão nacional, formulando, fiscalizando e monitorando Políticas e ações. Para isso o mesmo se articula diretamente com o Conselho Nacional de Saúde.

Na esfera estadual, a formulação de políticas e ações fica a cargo da Secretária Estadual de Saúde – SES.

No último nível, temos as Secretarias Municipais de Saúde – SMS, que planejam, organizam, controlam e avaliam as execuções das políticas públicas da saúde.

Deste modo, temos a União e os Estados propondo Políticas Públicas, o que pode gerar conflitos de interesse, e, como já dito nesse estudo, muitas das vezes, as políticas são pensadas em ideais eleitorais e não em sua real utilidade.

Conforme levantamento realizado pela Pesquisa Nacional de Saúde (2013), foi apurado que aproximados 80% da população brasileira depende diretamente do SUS, e que dentro do contexto atual de mais de 12 milhões de desempregados, e de crises econômicas sucessivas, não existem perspectivas de redução do patamar apontado. Na verdade, deve, sim, existir aumento da procura pelo atendimento no SUS.

Tal quadro evidência a necessidade incontestada de formulação de Políticas Públicas voltadas a pautar o que a Constituição Federal garantiu.

O marco fundamental para este estudo está pautado na propositura de Políticas Públicas geridas pela União, Políticas em sua grande maioria no tom de prevenção, uma vez que um sistema preventivo de tratamento à Saúde gera sensível economia à máquina estatal.

Temos também que abandonar o modelo atualmente utilizado de divisão de responsabilidades no que diz respeito à propositura de Políticas Públicas em todas as esferas, na intenção de regionalização do Sistema Único de Saúde.

A formulação de incontáveis Políticas, muitas vezes sem seguir o eixo cíclico demonstrado neste estudo, e sem os procedimentos de avaliação de Políticas Públicas acabam por criar apenas promessas e expectativa aos usuários ou ainda gastos desproporcionais dos cofres públicos.

A gestão do Sistema, no que diz respeito à elaboração de Políticas Públicas, deveria ficar a cargo exclusivo da União, a qual seria retroalimentada com estudos analíticos advindos dos estados e municípios. Assim, o Conselho Nacional teria a capacidade de fundamentar Políticas adequadas para cada região e local.

Caberia, neste modelo proposto, aos estados e municípios a implementação das Políticas e a análise constante de desempenho, além de ações voltadas ao estudo de novas necessidades, encaminhando tudo ao Conselho Nacional e ao Ministério da Saúde.

O Conselho Nacional, durante a produção de Políticas Públicas, deve somar a opinião técnica da academia, a interpretação do sistema legislativo, a intenção do gestor, as necessidades do usuário e as possibilidades de desdobramentos apuradas pelos analistas.

A proposta de modelo acima explicitado poderia reduzir a desigualdade no tratamento do Direito Fundamental à Saúde e evitar um possível colapso sistêmico, o qual aparentemente é inevitável, uma vez que existem diversos atores propondo Políticas, que na maioria das vezes possuem apenas objetivos individuais ou de parcelas de grupos sociais, não atendendo o que se espera do Estado para com a sociedade.

Assim, o Estado – traduzido na União, diante de seu dever fundamental de ser o mantenedor da paz social, e no caso em tela de possibilitar que exista dignidade da pessoa humana a partir do Direito à Saúde eficaz, deve voltar-se ao estudo pormenorizado do ciclo das Políticas Públicas. Utilizando as informações oriundas dos estados membros e dos municípios para produzir Políticas adequadas e carregadas de eficiência.

Noutro ponto, deve haver aumento dos estudos analíticos das fases de implementação e da avaliação, pois muitas vezes as propostas de Políticas se perdem pela não possibilidade de implemento prático, já que o autor que pratica a ação não é o mesmo que a produziu.

Um grande problema cotidiano é o do uso inadequado da ferramenta da avaliação, uma vez que ela é aplicada mais em tom de justificativa para realocação de recursos do que para aprimoramentos necessários das Políticas Públicas.

Dentre as várias Políticas Públicas de Saúde no Brasil, destacam-se algumas como: o Programa de Saúde da Família, Programa de Imunização, Controle do HIV/AIDS, Programa de Transplantes, Tratamento contra Hepatite C e o Controle do Tabagismo.

Todos são Políticas de referencial mundial, apontados pela OMS como parâmetros exemplares. Contudo, para que tais programa atingissem a eficiência esperada, fez-se necessário um trabalho constante nos campos da implementação e da avaliação.

Trabalho sem previsão de término, pois através da imunização conseguimos erradicar graves doenças, e atualmente trabalha-se numa fase da Política Pública de conscientização da importância das vacinas. Ou seja, uma fase interdisciplinar de caráter preventivo.

5. O PENSAMENTO DEVE SER SUPERIOR AO PROBLEMA

As mudanças globais e nacionais e a evolução desenfreada e instantânea dos sistemas de tecnologia criaram novos patamares de uso do meio eletrônico em favor da sociedade. Passamos, então, a viver em uma era de tecnologia necessária à qualidade de vida.

Dentro desse contexto, diversos países do mundo passaram a utilizar o sistema e-saúde de forma eficiente, sendo referencias para nosso estudo, Estados como o Reino Unido, Canadá, Austrália, Nova Zelândia entre outros mais.

A inserção de tal metodologia no Brasil teve sua fase embrionária junto à Política Nacional de Informação e Informática – PNIIS. Por meio de tal política foram delineados alguns objetivos, dentre os quais destacamos: o estabelecimento de um padrão que permita construir o Registro Eletrônico de Saúde (RES), o estímulo ao uso de telecomunicação na atenção à saúde com foco ao apoio à tomada de decisão a distância com acesso à literatura (telessaúde).

Segundo a estratégia e-saúde para o Brasi, do Ministério da Saúde do ano de 2017:

A estruturação do Registro Eletrônico de Saúde (RES) consiste de um ou mais repositórios de informações relevantes sobre a saúde e bem estar do paciente e estão integrados de modo físico ou virtual. O acesso à informação deverá sempre ser feito de forma segura e disponível para múltiplos usuários autorizados e apenas para eles. A informação de saúde está representada de acordo com modelos lógicos padronizados, definidos e/ou selecionados entre os existentes por consensos. O principal objetivo do RES é oferecer apoio a cuidados de saúde de qualidade, eficazes, eficientes, efetivos, seguros e integrados, ao longo de toda a vida do paciente.

A Telessaúde pode ser entendida como a “prestação de serviços de saúde, em situações nas quais a distância é um fator crítico, por todos os pro-

fissionais de saúde, utilizando tecnologias de informação e comunicação (TIC) para o intercâmbio de informações válidas para o diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças e lesões, pesquisa e avaliação, e para a educação permanente dos prestadores de cuidados de saúde, no interesse de promover a saúde dos indivíduos e de suas comunidades”.

O Cartão Nacional de Saúde (CNS) e o Prontuário Eletrônico de Saúde (PES) são ferramentas estruturantes do RES e do sistema e-saúde. Ou seja, além da necessidade de hardware e software de qualidade, devemos ainda ter agentes qualificados para operar os sistemas, mantendo-os atualizados e dotados de confiabilidade.

A PNIIS está intrinsecamente ligada à Política Nacional de Banda Larga (PNBL), que é o fundamento e braço operacional das propostas trazidas para o campo da saúde.

A PNBL, concebida no ano de 2010, tinha como ideal propiciar mais de 30 milhões de acessos à banda larga e 60 milhões de acessos banda larga móvel, além de propor a contemplação de 100% de todos os órgãos do governo – educação, saúde, entre outros, com acesso à internet.

Uma crítica interessante e pertinente às propostas do PNIIS seria na linha que a inserção de métodos de cadastramento e compartilhamento de informações envolvendo todos os atores do sistema de saúde seria algo utópico em um país de proporções continentais e de diferenças exponenciais.

Contudo, devemos voltar nossos olhares a dois sistemas utilizados no Brasil, que são de cunho totalmente eletrônico e que funcionam com maestria: *o método de votação utilizando urnas eletrônicas e o sistema de declaração de imposto de renda da Receita Federal*. Restando claro que é possível aplicar tecnologia e inovação em um país de proporções continentais.

Para que o e-saúde opere com qualidade, será necessária a plena composição de unidades de atenção à saúde espalhadas por todo território nacional com conexão de qualidade com a internet e dispositivos móveis com acesso para os Agentes Comunitários de Saúde.

Nesse estudo, resolvemos pinçar uma dentre as diversas Políticas Públicas existentes em nosso Estado voltadas ao cunho do Direito à Saúde – “A Política Nacional de Informação e Informática na Saúde (2016)”, por ser ela tão importante e por seu prazo de implantação estar próximo ao fim, e aparentemente, salvo melhor juízo, sem atingir as metas propostas.

Até 2020, a e-Saúde estará incorporada ao SUS como uma dimensão fundamental, sendo reconhecida como estratégia de melhoria consistente dos serviços de Saúde por meio da disponibilização e uso de informação

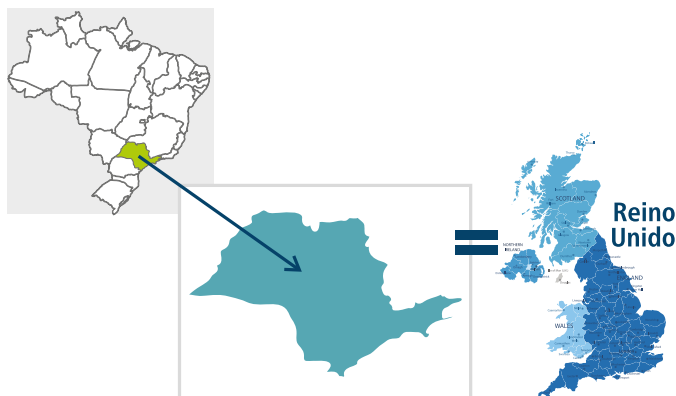
abrangente, precisa e segura que agilize e melhore a qualidade da atenção e dos processos de Saúde, nas três esferas de governo e no setor privado, beneficiando pacientes, cidadãos, profissionais, gestores e organizações de saúde. (BRASIL, 2017)

Reiterando e complementado alguns apontamentos trazidos anteriormente, com a implementação do plano passaria a existir um banco de dados nacional onde constariam diversas informações dos pacientes, para acesso a ser realizado por membros de uma rede específica ligada ao Ministério da Saúde, o que, sem sombra de dúvidas, propiciaria um crescimento exponencial na qualidade do serviço prestado, em eficiência e celeridade.

Contudo, alguns pontos foram desprezados, o que notadamente impede a eficácia da implementação do Plano, a nosso ver, o primeiro e principal foi a formulação de uma Política Pública utópica ao desconsiderar o tamanho e as diferenças regionais de nosso País, e que ainda vivemos em um Estado que fica à margem do desenvolvimento tecnológico de Países referência.

O esquema a seguir pode nos dar um vislumbre da dificuldade de inserção de uma Política Pública de Saúde Pública em nosso país.

No caso estudado, Política Nacional de Informação e Informática na Saúde de 2016, uma das propostas é um modelo similar ao utilizado pelo Reino Unido – com a criação do “Registro Eletrônico de Saúde”, contudo, como esboçado a seguir, o Estado referência possui a dimensão inferior a um de nossos estados Membros, o que dificulta a implementação de ações e a sua manutenção.



(São Paulo [248.222km²] – Reino Unido [243.610km²])

O objetivo de dispormos sobre o PNIIS foi demonstrar que hoje, ao encerrar do espetáculo proposto pela Política, estaríamos segundo pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, com publicidade no ano de 2018 no site: <https://cetic.br/pesquisa/saude/indicadores>, no seguinte patamar:

- 81% de estabelecimentos de saúde com sistema eletrônico de armazenamento de informação;
- 90% de estabelecimentos com uso de hardware;
- 77% de estabelecimentos com uso de internet;
- 12% das Unidades Básicas de Saúde não possuem computadores;
- 28% das Unidades Básicas de Saúde não possuem internet (10 (dez) mil UBS sem internet);
- Déficit em mais de 20.000 mil funcionários de Tecnologia da Informação.

O breve esboço apresentado neste tópico mal toca a ponta do iceberg de estudo de determinada política pública. O objetivo aqui foi o de tentar demonstrar que a elaboração de uma política como a PNIIS e sua implementação encontra barreiras nos mais diversos níveis.

Para que sejam formuladas políticas de qualidade e dotadas de eficácia, deve o gestor – autor da política pública – pensar de forma descentralizada e multifacetada.

Os erros de uma Política e sua não implementação correta muitas das vezes estão intrinsecamente relacionados a interesses singulares e/ou individuais e não totalmente voltados ao bem-estar social.

A PNIIS ainda não atingiu sua plenitude e provavelmente do ponto de vista dos autores dificilmente alcançará, pois vivemos em um Estado Continental, com regiões consumidas pela pobreza e pelo desleixo do ente público com o povo, locais nos quais não existe saneamento básico, atendimento médico, água potável ou energia elétrica. Assim, seria impalpável que toda a imensidão do Brasil fosse atendida por um sistema eletrônico – e-saúde. Basicamente podemos dizer que o SUS ainda não conseguiu atingir o que se espera de universalidade, quicá o PNIIS conseguirá.

Ao formular uma Política como a aqui apontada, deveria o gestor autor utilizar metodologias voltadas a destrinchar ponto a ponto de todas os possíveis desdobramentos de uma decisão, não é certo conceber uma Política com prazo de conclusão, no caso em tela o ano de 2020, se

não pensarmos que para isso existe a necessidade de implemento de outras políticas públicas, pensar que o sistema é totalmente interligado e não pode ser trabalhado em células estanques.

Ao localizar o problema público e iniciar a produção de uma agenda para que no futuro exista uma política, o autor não pode seguir por uma estrada previamente delimitada. A estratégia deve ser feita analisando todos os desdobramentos. A intenção de sistematizar eletronicamente a saúde é digna de aplausos, resolveria problemas de saúde individual, coletiva, ajudaria na tomada de decisões com fundamento em um banco de dados e na implementação de tratamentos específicos. Contudo, esse caminho possui um entrave a ser superado. Como distribuir computadores, internet e software de qualidade em todas as Unidades de Saúde do Estado, quem seria o gestor de tal sistema, qual empresa seria contratada, como levar internet aos locais mais inóspitos do país, como capacitar os operadores, como armazenar tamanha informação, qual seria a política implementada de proteção aos dados e metadados, e a grande pergunta: de onde viria o orçamento, pois o fluxo de capital será contínuo e teoricamente de grandes proporções.

Vejam, a elaboração da PNIIS sem pensar em alguns pontos como os demonstrados acima, apenas faz surgir mais uma política fadada ao insucesso, servindo aos interesses escusos de um determinado grupo ou indivíduos em específico.

A finalidade da aplicação do ciclo de elaboração de políticas públicas é buscar a plena eficácia em toda e qualquer política formulada, pois desde o recorte do problema até a análise final após a implementação de sua solução serão traçadas estratégias por analistas técnicos com capacidade de prever o que pode acontecer. Estaríamos aqui dizendo que o gestor público no papel de elaborador de políticas públicas deve agir de forma onipresente e com a capacidade de prever o futuro, pois a máquina estatal não pode admitir erros ou atrasos dotados de previsibilidade e ao tratar de vidas e saúde pública tudo deve ser previsto, pois não existe uma segunda chance.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Saúde Pública, um emaranhado de medidas para a prevenção à doença, prolongamento da vida, disposição de saúde e eficiência física e mental de qualidade, tudo com a soma de ações oriundas da Gestão estatal somadas a atos da comunidade.

O ponto fundamental do presente estudo, que de forma alguma tem a capacidade de esgotar a matéria Políticas Públicas no campo da Saúde Pública, seria a necessidade de redimensionamento dos ciclos de criação e de implementação das referidas Políticas, além de maior enfoque no que diz respeito à necessidade de medidas avaliativas em todas as fases do projeto.

Noutro aspecto, deve o Gestor Público propiciar mecanismos que criem a necessidade de interdisciplinaridade de todos os campos, pois para a formulação de uma Política Pública de qualidade, com a capacidade de enfrentamento eficaz ao problema público, deve existir todo um aparato técnico e múltiplo em sua fundamentação.

Bem é sabido que a tarefa de trabalhar com ciências em um sistema de multidisciplinariedade não é uma tarefa fácil, pois o diálogo em contraponto cria espinhos que muitas das vezes ferem o ego pessoal do operador da coisa pública. Contudo, deve haver uma visão humanista e impessoal quando da formulação e formatação de medidas voltadas a garantir a dignidade da pessoa humana em amplo espectro.

Ou seja, o fluxo conjunto e interligado dos diversos tipos de ciência em prol da produção de uma Política Pública de qualidade trará ganhos pelos quais vale todo o esforço.

Discutir sobre Ciência Política, Políticas Públicas e Saúde Pública, como estudado neste artigo, é apenas tocar a ponta do *iceberg*, pois existe todo um corpo escondido de nossas vistas, o qual demanda trabalho conjunto e dedicado.

Após 03 (três) décadas do Sistema Único de Saúde, ainda temos muito que percorrer na busca pela excelência, e a única forma de lograr êxito é por meio de Políticas Públicas que operacionalizem o grande Sistema SUS.

Por fim, justo salientar que a elaboração de uma Política Pública e sua implementação estão intimamente ligadas aos pontos de vistas dos atores envolvidos nos processos, o que pode provocar vícios a depender do grau de comprometimento da equipe multidisciplinar. Noutro ponto, muitas das vezes, Políticas Públicas encontram barreiras de implementação na cultura regional ou individual – existem vezes que o agente burocrata não concorda com o que foi determinado pelo gestor da Política Pública, deixando de executá-la como deveria.

Encerramos assim a presente discussão reiterando que o estudo e a discussão do papel, importância, formulação e implementação de Políticas Públicas, utilizando para tal ferramentas concebidas por diversos autores citados neste breve apanhado teórico, como a importância do Ciclo das Políticas Públicas, deve ser constantemente aprofundado na academia e na Gestão Pública.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUM, Ricardo. RISCADO, Priscila. MENEZES, Monique. **Políticas Públicas: Conceitos e Análise em Revisão**. Revista Agenda Pública/ Vol. 3 – n.2 – julho/dezembro – 2015// ISSN: 2318-8499. Disponível em: <http://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/download/67/63> Acesso em: 08 de março de 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. - Brasília: CONASS, 2003. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf. Acesso em: 09 de março de 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 março 2019.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Pesquisa Nacional de Saúde de 2013**. Disponível em: <https://www.pns.icict.fiocruz.br/>. Acesso em 09 de março de 2019.
- DE CICCO, Cláudio. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Cláudio de Cicco, Alvaro de Azevedo Gonzaga – 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DE OLIVEIRA, Vanessa Elias. **Saúde Pública e Políticas Públicas: campos próximos, porém distantes**. *Saude soc.* [online]. 2016, vol.25, n.4, pp.880-894. ISSN 0104-1290. <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-12902016172321>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-2902016000400880&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em 08 de março de 2019.

- DUARTE, Elizeth, *et al.* **30 anos do Sistema Único de Saúde**. Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde, Versão Impressa ISSN 1679-4974. Versão On-line ISSN 2337-9622. Vol. 27 nº 1 Brasília mar. 2018. Disponível em: scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742018000100001. Acesso em 08 de março de 2019.
- HOWLETT, RAMESH, PERL. **Política Pública, Seus Ciclos e Subsistemas**. 3ª Edição. Editora Campus, 2013.
- MALTA, Deborah Carvalho et al. **Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS): capítulos de uma caminhada ainda em construção**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2016, vol.21, n.6, pp.1683-1694. ISSN 1413-8123. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015216.07572016>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016000601683&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 de março de 2019.
- NOVAES, Lucas. MATTOS, Enlinson. **O efeito da intenção de reeleição sobre os gastos em saúde: uma análise com base no modelo de reputação política**. Revista de Economia Política, vol 30, nº 1 (117), pp. 140-158, janeiro-março/2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572010000100009. Acesso em 08 de março de 2019.
- SANTOS, Francisco de Assis et al. **A definição de prioridade de investimento em saúde: uma análise a partir da participação dos atores na tomada de decisão**. *Physis*, Dez 2015, vol.25, no.4, p.1079-1094. ISSN 0103-7331. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312015000401079&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 09 de março de 2019.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas e Análise e Casos Práticos**. 2ª Edição. São Paulo. Cengage Learnig, 2013.
- SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão de literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16. Acesso em: 08 de março de 2019.





**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
HOSPITAIS POR ATO DE MÉDICO SEM
E COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO:
UMA ABORDAGEM COMPARATIVA
À LUZ DA PROTEÇÃO DA VÍTIMA.**

***THE CIVIL LIABILITY OF HOSPITALS BY
A MEDICAL ACT WITHOUT AND WITH
EMPLOYMENT LINK: A COMPARATIVE
APPROACH IN THE LIGHT OF VICTIM
PROTECTION.***

Larissa Drumond Moreira

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campus. Advogada Trabalhista do Grupo Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte.

Sumário: 1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil dos Hospitais – Responsabilidade Objetiva e Subjetiva. 3. Responsabilidade Civil do Médico. 4. Responsabilidade Civil dos Hospitais por atos médicos. 4.1. Médico vinculado ao hospital por vínculo empregatício ou preposição. 4.2. Médico sem vínculo empregatício ou preposição. 5. Proteção da vítima. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo propõe uma reflexão sobre o tema da responsabilidade civil dos hospitais, principalmente em relação aos atos essencialmente médicos de profissionais sem e com vínculo empregatício. Para isso, elabora uma comparação doutrinária e jurisprudencial sobre as teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva a partir da divisão entre atos extramédicos, paramédicos e essencialmente médicos. Conclui, utilizando o método dedutivo como orientação metodológica, chamando a atenção para a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a responsabilidade civil do hospital em relação aos atos de médicos sem e com vínculo empregatício, e como tais posicionamento afetam a proteção da vítima.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil dos Hospitais por ato de médico com e sem vínculo empregatício, proteção da vítima.

Abstract: This article proposes a reflection on the subject of civil liability of hospitals, especially in relation to essentially medical acts of professionals without and with employment relationship. To this end, he elaborates a doctrinal and jurisprudential comparison on theories of objective and subjective responsibility from the division between extra-medical, para-medical and essentially medical acts. It concludes by using the deductive method as a methodological guideline, drawing attention to the doctrinal and jurisprudential divergence on the civil responsibility of the hospital in relation to the acts of physicians without and with employment relationship and how such positioning affect the protection of the victim.

Keywords: Civil Liability of Hospitals by act of doctor with and without employment contract, protection of the victim

1. INTRODUÇÃO

Com a inclusão digital e a globalização, tanto o acesso ao conhecimento, como o acesso ao judiciário, tornou-se possível às mais variadas pessoas e de diversas classes sociais, o que é um ponto positivo para o avanço da sociedade, que passa a ser mais exigente com os serviços a ela prestados.

Assim, é fruto do fenômeno da inclusão digital, e consequentemente da evolução da sociedade, que as relações passem a ser mais técnicas e menos pessoais, como a relação médico – paciente.

Ressalta-se que antes considerado um ser divino, o médico passou a ser alvo de questionamentos quanto a sua conduta, bem como o tratamento fornecido ao paciente, tornando-se comum nos Tribunais ações de reponsabilidade figurando no polo passivo, hospitais e também profissionais da saúde, especialmente, médicos.

Nesse cenário, é possível verificar diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais diferentes, ocasionando insegurança jurídica, que merece debate e estudos com a finalidade de não inviabilizar as atividades médico hospitalar com decisões injustas.

Ante o exposto, o presente artigo tem como objeto analisar se existe diferença na responsabilização civil dos hospitais por atos de médicos sem e com vínculo empregatício, bem como verificar se essa diferenciação afeta a proteção da vítima.

Pretende-se para tanto, trazer à luz, a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a delimitação da responsabilidade civil dos hospitais pelos atos extramédicos, paramédicos e os atos essencialmente médicos, estes últimos divididos entre médicos sem e com vínculo de preposição.

Nessa esteira, dividiu-se o artigo em quatro tópicos. No primeiro deles, falar-se-á sobre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva dos hospitais, analisando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. No segundo, será abordada a responsabilidade civil do médico. No terceiro, abordar-se-á a responsabilidade civil dos hospitais sobre os atos essencialmente médicos, dividindo, a análise teórica e jurisprudencial, entre ato do médico que atua sem vínculo empregatício ou preposição e aquele que atua com vínculo empregatício ou preposição. E, por último, verificar-se-á se a divisão anteriormente relatada afeta a proteção da vítima.

Adotou-se como marco teórico o art. 951 do Código Civil e o art. 1º, parágrafo único do Capítulo III do Código de Ética Médica.

Buscou-se responder às seguintes perguntas: existe diferença na responsabilidade civil dos hospitais em casos de atos extramédicos, para-médicos e essencialmente médicos? Em relação aos atos essencialmente médicos existe diferença entre profissionais sem e com vínculo empregatício? Essa diferença afeta a proteção da vítima?

Quanto à metodologia empregada, utilizou-se das vertentes metodológicas jurídico-teórica, jurídico-descritiva, jurídico-propositiva e jurídico-histórica, com a utilização do método dedutivo como orientação metodológica.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Inicialmente cumpre mencionar a diferença teórica entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva. ALVINO LIMA¹ menciona que os requisitos essenciais para a teoria da responsabilidade subjetiva, que integra a responsabilidade aquiliana, são: 1. o ato ou a omissão violadora do direito de outrem, 2. o dano produzido por esse ato ou omissão; 3. a relação de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano; 4. a culpa.

Entende-se por Dano, o prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo.²

Já no que tange a Culpa, pode ser conceituada como conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.³

Por fim, o nexo de causalidade é o liame que une a conduta do agente ao dano⁴.

1 LIMA, Alvino. Culpa e risco – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, pág.48.

2 Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil/Sílvio de Salvo Venosa. – 4.ed. – São Paulo: Atlas,2004. – (Coleção direito civil;v.4), p.33.

3 Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil/Sílvio de Salvo Venosa. – 4.ed. – São Paulo: Atlas,2004. – (Coleção direito civil;v.4), p.27.

4 Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil/Sílvio de Salvo Venosa. – 4.ed. – São Paulo: Atlas,2004. – (Coleção direito civil;v.4), p.45.

A Responsabilidade Objetiva, diferentemente da responsabilidade subjetiva, faz a abstração da culpa. O professor MIGUEL KFOURI NETO⁵ assim a define:

A responsabilidade objetiva – ou pelo risco – “é a obrigação de reparar danos que independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa, sejam resultantes de ações ou omissões de alguém, ou estejam conexas com sua atividade”.

O artigo 927 do Código Civil traz o conceito de responsabilidade objetiva:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Entendida a diferença entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva, bem como seus requisitos, cumpre analisar sobre a responsabilidade civil dos hospitais.

O professor MIGUEL KFOURI NETO⁶, trazendo a sistematização proposta pelo doutrinador espanhol FERNANDEZ HIERRO, ensina-nos que para delimitar a natureza da responsabilidade civil dos hospitais é necessário distinguir se obrigação de indenizar deriva de atos extramédicos, atos paramédicos e atos essencialmente médicos.

Os atos extramédicos são os relacionados à hotelaria hospitalar (alimentação, conforto das instalações, manutenção e funcionamento regular dos equipamentos), bem como à segurança dos pacientes, ou seja, além de zelar pela integridade física do doente, no interior de suas dependências, o hospital deve adotar todas as medidas para evitar qualquer acidente que possa acarretar dano ao paciente.⁷

5 Kfouri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfouri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 115.

6 Kfouri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfouri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 46.

7 Kfouri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfouri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 46.

Neste ínterim, sabe-se que os atos extramédicos são praticados por pessoal auxiliar, sob as ordens da administração do hospital.⁸

Dessa forma, entende-se que os danos sofridos pelos pacientes, pela defeituosa prestação dos serviços extramédicos – queimaduras, fraturas devido a quedas, alimentos deteriorados, mau funcionamento de equipamentos e etc. – acarretam a responsabilidade do hospital pelo defeito do serviço, na forma do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor.⁹

Na situação acima mencionada, tanto a doutrina, como a jurisprudência¹⁰, concordam que a responsabilidade civil do hospital será objetiva.

Já os atos paramédicos, em geral, são praticados pela enfermagem e outros profissionais da saúde, auxiliares ou colaboradores, que executam ordens do médico.¹¹

8 Kfourri Neto, Miguel. Responsabilidade civil odos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 46.

9 Kfourri Neto, Miguel. Responsabilidade civil odos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 46.

10 AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. ERRO MÉDICO. QUEDA DE PACIENTE IDOSA DURANTE INTERNAÇÃO. MORTE. CONCAUSA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS RECURSAIS. I. A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a alguém. Os hospitais, na qualidade de fornecedores de serviços, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, ou seja, independente de culpa, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade. Inteligência do art. 14, caput, do CDC. II. No caso em tela, a perícia médica concluiu que a queda do leito sofrida pela mãe dos autores e suas consequências, tais como fratura do úmero, dor, estresse, imobilidade e diminuição da capacidade de expansão pulmonar pela dor e pela imobilização contribuíram para a piora clínica e agravamento do estado geral da referida paciente. Desse modo, restando comprovado que a queda do leito atuou como concausa ao evento final (óbito), está caracterizada a responsabilidade do demandado, sendo imperativo, portanto, o dever de indenizar os prejuízos suportados. Inteligência dos arts. 186 e 927, do Código Civil. III. Assim, reconhecida a conduta ilícita dos requeridos e caracterizado o dano moral in re ipsa, deve ser mantida a indenização... arbitrada na sentença, tendo em vista a condição social dos autores, o potencial econômico do réu, a gravidade do fato, o caráter punitivo-pedagógico da reparação e os parâmetros adotados por esta Câmara em casos semelhantes. A correção monetária pelo IGP-M incide a partir do presente arbitramento, na forma da Súmula 362, do STJ. IV. Os juros moratórios são devidos desde a data do evento danoso, de acordo com a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, a base de 1% ao mês, na forma do artigo 406, do Código Civil, em consonância com o disposto no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. V. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70075838292, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 08/06/2018). (TJ-RS - AC: 70075838292 RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Data de Julgamento: 08/06/2018, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/06/2018).

11 Kfourri Neto, Miguel. Responsabilidade civil odos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 46.

São exemplos de atos paramédicos a alimentação parenteral, administração de medicamentos, aplicações de injeções, exames radiológicos, curativos, controles de pressão arterial e temperatura, dentre outros.¹²

Ressalta-se que a responsabilidade civil dos hospitais pelos atos paramédicos também será objetiva, vez que também se subordinam às regras do Código de Defesa do Consumidor.

É o caso, por exemplo, de enfermeiro contratado pelo hospital que aplica incorretamente uma injeção de “Voltarem” no músculo da coxa, quando o recomendado seria que a aplicação se desse na região das nádegas e, em razão do erro noticiado, o paciente sofre ferimento externo na coxa esquerda, acarretando dano estético e dificuldade de locomoção que o impede de trabalhar por certo período, inclusive obrigando-o a tirar férias.¹³

Por último, os atos essencialmente médicos são os praticados exclusivamente pelos profissionais de medicina e implicam em formação e conhecimentos médicos.¹⁴

Para melhor definição dos atos essencialmente médicos cumpre destacar a Lei 12.482 de 2013, também conhecida como Lei do ato médico, que elenca em seu art. 4º quais são as atividades privativas dos médicos.¹⁵

12 Kfourir Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourir Neto. - 3 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 47/48.

13 EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO INDENIZATÓRIA - INJEÇÃO DE MEDICAMENTO - ERRO QUANTO AO PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO ENFERMEIRO - REFORMA DA SENTENÇA PARA RECONHECER A ILEGITIMIDADE DO MÉDICO - CONDENAÇÃO EXCLUSIVA DO HOSPITAL - EMBARGOS IMPROVIDOS. À luz da Lei n. 7.498/86, regulamentada pelo Decreto n. 94.406/87, compete ao enfermeiro a aplicação de injeção com medicamento, presumindo-se que tenha ele conhecimento técnico acerca do procedimento a ser adotado, sendo desnecessária a supervisão médica. Assim, restando demonstrado que o dano decorreu de erro na aplicação do medicamento, a qual foi realizada por enfermeiro, é dele e do hospital que o mantém no quadro de funcionários a responsabilidade pelo evento danoso, estando o médico isento de qualquer dever indenizatório. (TJ-SC - El: 136056 SC 2004.013605-6, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 25/11/2004, Grupo de Câmaras de Direito Civil, Data de Publicação: Embargos infringentes n. , de Itajaí.)

14 Kfourir Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourir Neto. - 3 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 49.

15 Art. 4º São atividades privativas do médico:

I - (VETADO);

II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;

III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias;

IV - intubação traqueal;

V - coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal;

Ressalta-se que para falar em responsabilidade civil dos hospitais pelos atos essencialmente médicos, é necessário abordar sobre a responsabilidade civil dos médicos. Isso porque, os médicos, só respondem pelos danos decorrentes de sua atuação desde que provada sua culpa.

Ainda no que tange aos atos essencialmente médicos, a responsabilidade civil dos hospitais será solidária, mediante comprovada culpa do profissional de medicina, bem como verificado se este é preposto ou não do hospital.

Ressalta-se que o mesmo entendimento tem sido aplicado em relação aos hospitais públicos, bem como os conveniados ao Sistema Único de Saúde – SUS.¹⁶

Por fim, cumpre destacar o entendimento do professor GUSTAVO TEPEDINO¹⁷ que sumaria todo o exposto acima:

Duas espécies de danos, em síntese, poderão ocorrer: no que tange aos danos causados pelos serviços hospitalares, no âmbito do chamado contrato de hospedagem, atinentes aos exames, à enfermaria, aos aparelhos e à estrutura de apoio ambulatorial, a responsabilidade é objetiva, tanto pelo funcionamento defeituoso dos equipamentos como pela falha dos

VI - execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral;

VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos;

VIII - (VETADO);

IX - (VETADO);

X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;

XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde;

XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;

XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;

XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

§ 1º Diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios:

I - agente etiológico reconhecido;

II - grupo identificável de sinais ou sintomas;

III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As doenças, para os efeitos desta Lei, encontram-se referenciadas na versão atualizada da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.

§ 4º Procedimentos invasivos, para os efeitos desta Lei, são os caracterizados por quaisquer das seguintes situações:

I - (VETADO);

II - (VETADO);

III - invasão dos orifícios naturais do corpo, atingindo órgãos internos.

16 Kfourri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 163.

17 TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In, ALVIM, Arruda; César, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). Aspectos controvertidos no novo Código Civil – Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Ed. RT, 2003.pág. 300.

prepostos (pessoal paramédico). Neste caso, poderá o hospital ou clínica responsabilizada exercer o direito de regresso contra o encarregado que tenha culposamente causado o dano (art.13, parágrafo único, do CDC). Incluem-se ainda nesta categoria as hipóteses de infecção hospitalar associadas a um serviço de assepsia defeituoso, ou seja, as infecções que não provêm de caso fortuito, derivadas do alarmante desenvolvimento de novos vírus e bactérias. No que concerne a segunda espécie de danos, causados por ato médico, a responsabilidade do próprio profissional como seu viú é subjetiva, condicionada à prova de imprudência, imperícia ou negligência que tenha ocasionado o dano. A clínica, contudo, poderá ser solidariamente responsável se o profissional integra o seu corpo médico, como funcionário prestador de serviços. É a hipótese frequente em que o paciente procura diretamente (não o médico, mas a clínica), recorrendo a uma dos profissionais que fazem parte da equipe. Este é, aliás, o entendimento do STJ. Neste caso, sem embargo de solidariedade, tem-se por imprescindível a “a prova da culpa” do servidor na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros (...).

Sobre a natureza da responsabilidade civil médica, o tema será melhor abordado no tópico abaixo.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico no ordenamento jurídico brasileiro é subjetiva, nos termos do que dispõe o artigo 951 do Código Civil, que diz que é devida indenização por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Corroborando o exposto acima, está o artigo 1º, parágrafo único do Capítulo III do Código de Ética Médica, que diz que a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Assim, para imputar responsabilidade civil ao médico é necessária a prova dos seguintes elementos: negligência, imperícia e imprudência.

Por negligência entende-se a inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo.¹⁸

18 Kfourri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 113.

Já por imprudência entende-se que a conduta é comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, sem usar de cautela.¹⁹

Em relação à imperícia, tem-se que é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático²⁰.

Em consonância com o disposto no artigo 951 do Código Civil está o disposto no parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Para MIGUEL KFOURI NETO²¹, profissionais liberais (de liberais, liber = livre) são aqueles que exercem sua profissão sem subordinação a patrão ou chefe, com autonomia. Exemplos clássicos são advogados, médicos, dentistas, veterinários – e tanto outros.

Ressalta-se que o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho traz em seu anexo o elenco de profissionais liberais, sendo o médico um deles.

Destaca-se ainda o disposto no Capítulo I do Código de Ética Médica – Princípios Fundamentais - que dispõe sobre a natureza autônoma do profissional médico:

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

Em razão de todo o exposto, não restam dúvidas quanto à necessidade de ser provar a culpa para que o médico responda civilmente.

19 Kfourir Neto, Miguel. Responsabilidade civil odos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourir Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 114.

20 Kfourir Neto, Miguel. Responsabilidade civil odos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourir Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 115.

21 Kfourir Neto, Miguel. Responsabilidade civil odos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourir Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 30.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS POR ATO MÉDICO

Verificou-se, após análise dos tópicos acima expostos, que a responsabilidade civil dos hospitais pelos atos extramédicos (hotelaria hospitalar e segurança do paciente) e pelos atos paramédicos (praticados pela enfermagem e outros profissionais de saúde, exceto o médico) será objetiva.

Outrossim, sabe-se que a responsabilidade civil do médico no ordenamento jurídico brasileiro será sempre subjetiva.

Contudo, surge o seguinte questionamento: se a responsabilidade do médico é subjetiva em conformidade com o que determina o artigo 951 do Código Civil e o parágrafo 2º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, como se define a natureza da responsabilidade civil dos hospitais quanto aos atos essencialmente médicos?

RUI STOCO²², respondendo ao questionamento levantado, entende que é necessário primeiro analisar se o médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado como seu empregado ou preposto. Isso porque, se assim o for, aplica-se a surrada e vetusta regra de que o empregador deve responder pelos atos de seus empregados e serviços ou prepostos (Código Civil, art.932, III).

Lado outro, entende RUI STOCO²³ que se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio em razão da aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual.

A distinção acima mencionada será melhor entendida nos tópicos abaixo.

4.1. MÉDICO VINCULADO AO HOSPITAL POR VÍNCULO EMPREGATÍCIO OU PREPOSIÇÃO.

O artigo 932 do Código Civil elenca hipóteses de responsabilidade civil por atos praticados por terceiros, também denominada responsabilidade civil objetiva indireta ou por atos de outrem.²⁴

22 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.725.

23 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.725.

24 Tartuce, Flávio. Direito Civil, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil – 11.ed. rev.atual., e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 932.

Para melhor análise do tema aqui a ser exposto, faz-se necessário entender a definição dos sujeitos trazidos pelo artigo 932, parágrafo III do Código Civil, quais sejam empregador, comitente, empregados, serviçais e prepostos.

Quanto ao empregador, o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho traz a definição ao considerar empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

O parágrafo único do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho traz a figura do empregador por equiparação ao dispor que se equiparam ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Em relação ao comitente, cumpre trazer o conceito mencionado por DE PLÁCIDO E SILVA (APUD RUI STOCO)²⁵, que diz que comitente é a denominação que dá à pessoa que encarrega outra de comprar, vender ou praticar qualquer ato, sob suas ordens e por sua conta, mediante certa remuneração, a que se dá o nome de comissão.

O conceito de empregado também pode ser extraído da Consolidação das Leis do Trabalho, que nos termos do artigo 3º dispõe que: considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Para conceituação de serviçal recorre-se também às lições de DE PLÁCIDO E SILVA (APUD RUI STOCO)²⁶, que menciona ser aquele que “faz serviços, “presta serviços”. Designa a pessoa que se emprega para servir em trabalhos domésticos ou caseiros.

Por último, cumpre-nos definir o conceito de preposto ou “preposição” firmado por AGUIAR DIAS (APUD RUI STOCO)²⁷. Preposto ou preposição caracteriza expressão abrangente e de largo espectro, podendo significar empiricamente aquele que dirige um serviço, um negócio por delegação de outrem. Pode, ainda, designar o representante ou o delegado.

25 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.921.

26 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.921.

27 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.921.

E ainda CARLOS ROBERTO GONÇALVES (APUD RUI STOCO)²⁸ entende como requisito essencial entre preponente e preposto o vínculo de subordinação.

Se o vínculo de subordinação é essencial entre preposto e preponente questiona-se: o simples fato do profissional médico pertencer ao corpo clínico de um hospital configura vínculo de preposição?

Para responder ao questionamento acima, faz-se necessário entender a definição de Corpo Clínico, que pode ser extraída da Resolução CFM nº 1.481/97, assim dispondo: O Corpo Clínico é o conjunto de médicos de uma instituição com a incumbência de prestar assistência aos pacientes que a procuram, gozando de autonomia profissional, técnica, científica, política e cultural.

Assim, entende-se que o fato do médico pertencer ao Corpo Clínico de um hospital não configura vínculo de preposição, nem subordinação.

Cumprir destacar decisão do Tribunal do Trabalho da 3ª Região, que entendeu que uma vez integrado ao corpo clínico, o profissional médico fica obrigado a acatar normas mínimas de funcionamento, especialmente no tocante ao exercício da profissão. Contudo, a obrigação de respeitar normas administrativas é insuficiente para configurar a subordinação jurídica.²⁹

Estudadas as definições acima, passa-se a verificar a responsabilidade civil dos hospitais por atos de médicos vinculados aos hospitais por relação de emprego ou qualquer forma de preposição.

O professor MIGUEL KFOURI NETO³⁰ leciona que se o médico for empregado do hospital, ou sócio cotista, ou integrante do corpo clínico, o estabelecimento será solidariamente responsável pelos atos culposos do seu preposto.

Questionamento de relevo surge, a saber: se a responsabilidade do hospital é objetiva nos termos do art. 932, inciso III do Código Civil, e a do médico subjetiva, nos termos do art. 951 do Código Civil e do parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, as duas teorias serão aplicadas instantaneamente?

28 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.922.

29 Processo número: 0001486-96.2014.5.03.0009 – Acesso em 31/10/10 em https://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=646952.

30 Kfourir Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourir Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 130.

Em resposta ao questionamento acima, entende-se que não há como se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva ao médico e a teoria da responsabilidade objetiva ao hospital.

MIGUEL KFOURI NETO³¹ entende que o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara.

No mesmo sentido, RUI STOCO³² dispõe que cabe obtemperar a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se asseguram apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa, e ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido ao paciente, tão somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.

Corroborando o entendimento acima, merece destaque acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves³³, assim ementado:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

- 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*).
- 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.
- 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o es-

31 Kfouri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfouri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 130.

32 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco - 6 ed.rev.atual e ampl. - São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.729.

33 RECURSO ESPECIAL Nº 258.389 - SP (2000/0044523-1).

tabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

- 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.

Ressalta-se que há entendimentos contrários. Por exemplo, no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino³⁴, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. FRATURA DE COLO DE FÊMUR. ARTOPLASTIA DO QUADRIL ESQUERDO. MORTE DO PACIENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC.

1. A regra geral do art. 14, “caput”, do CDC, é da responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores.
2. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais.
3. Defeito na prestação do serviço evidenciado pela submissão de paciente idoso, que sofrera fratura do colo do fêmur, a complexo procedimento cirúrgico de implantação de prótese que, na simples passagem da mesa operatória para a maca, foi deslocada, tendo-se de reiniciar a cirurgia para implantar nova prótese de tamanho superior.
4. Morte do paciente idoso no dia seguinte aos atos cirúrgicos em decorrência da perda excessiva de sangue.
5. Caracterização do nexo de causalidade entre o defeito na prestação do serviço médico e a morte do paciente.
6. Procedência do pedido de reparação dos danos morais.
7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

No entanto, em que pese a fundamentação do entendimento em sentido contrário, entende-se como mais razoável a corrente que defende que em casos de médico vinculados ao hospital através de relação de emprego ou por qualquer preposição, a responsabilidade do hospital será solidária com a do profissional médico, desde que comprovada a culpa do segundo.

34 RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.960 - RJ (2012/0099605-3).

4.2. MÉDICO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO OU PREPOSIÇÃO

RUI STOCO³⁵ defende que se o médico não for preposto, ou seja, não tiver sido contratado pelo hospital com vínculo empregatício, nem contratado para prestar serviços àquele como autônomo, mas tiver apenas atuado como profissional independente, ou como representante de plano de saúde que tenha usado a dependência do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio – em razão da aparelhagem, qualidade das acomodações e instrumental, ou apenas como mero hospedeiro – ter-se-á de apurar a culpa desse médico, se o dano ocorrer de sua ação ou omissão.

MIGUEL KFOURI³⁶ exemplifica: É o caso de o paciente procurar direta e unicamente o especialista – quase sempre um cirurgião – para realizar a intervenção ou o ato médico determinado.

A situação acima narrada é muito comum em casos de cirurgião plástica, na qual o paciente pactua o contrato diretamente com o médico e não se envolve com a escolha da clínica ou hospital, que é determinada pelo médico.

No caso acima, se ocorre algum dano com o paciente, defende MIGUEL KFOURI³⁷ que há que se identificar a origem desse dano: se causados pela atuação do próprio médico, ou se decorrentes da hospitalização (estados dos instrumentos, equipamentos, medicamentos deteriorados, sangue contaminado, etc.), ou danos causados por pessoal de enfermagem, fora do ato médico propriamente dito.

Ressalta-se que a relação médico-paciente, conforme acima citada, está cada vez mais escassa, pois o médico hoje sequer tem tempo de conhecer o paciente pelo nome, sendo que, tanto os médicos como os pacientes são peças de uma engrenagem muito maior.³⁸

Verificado a origem do dano e se este decorreu exclusivamente do ato médico, sem nenhuma forma de participação do hospital (inexistente vínculo de preposição entre médico e nosocômio), responderá tão só o profissional de medicina.

35 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.734.

36 Kfouri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfouri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 137.

37 Kfouri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfouri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 137.

38 Kfouri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfouri Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 37.

Defende-se o posicionamento de que o médico pertencente ao Corpo Clínico do Hospital e que trabalha com total autonomia, causando o dano a outrem, responderá de forma subjetiva e sem a participação do hospital.

Mas, complementa RUI STOCO³⁹, se tanto o hospital quanto o médico obraram com culpa, ainda que este não seja preposto daquele, responderão solidariamente.

Corroborando o entendimento acima, merecem destaques dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. O primeiro relatado pelo saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito⁴⁰ e o segundo relatado pelo Ministro João Otávio Noronha⁴¹, vejamos:

Responsabilidade civil. Erro médico. Esquecimento de corpo estranho no organismo da paciente em cesárea. Responsabilidade do Hospital. Cerceamento de defesa.

1. Já decidiu a Corte que o Juiz pode e deve apreciar a necessidade da produção de prova. Todavia, configura cerceamento de defesa se o hospital é impedido de provar, na cobertura do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, a culpa exclusiva de terceiro, no caso, a médica responsável pela cirurgia, que com ele não mantém relação de emprego.

2. Recurso especial conhecido e provido.

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE ANESTESIA GERAL. PACIENTE EM ESTADO VEGETATIVO.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. **Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.**

39 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil/Rui Stoco – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, pág.734.

40 RECURSO ESPECIAL Nº 419.026 - DF (2002/0027101-3).

41 RECURSO ESPECIAL Nº 351.178 - SP (2001/0108187-8)

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, **pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá**. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.
3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação.
4. Recursos especiais não-conhecidos.

Em razão do exposto acima, verifica-se que se o hospital não prestou nenhum serviço ao paciente, a não ser acolhê-lo em suas instalações, a maior parte das vezes somente com o uso de salas de cirurgia, e da utilização dos equipamentos postos à disposição pelo nosocômio não resultou nenhum dano, não há falar em defeito do serviço do próprio estabelecimento, sendo inviável reconhecer a responsabilidade solidária.⁴²

5. PROTEÇÃO DA VÍTIMA

RUI STOCO⁴³ defende que se, de um lado, a proteção da vítima é prioridade, de sorte que a dificuldade da prova da culpa não pode torná-la irressarcida; de outro, não se pode - invariavelmente e em qualquer cir-

42 Kfourri Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourri Neto. - 3 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 148.

43 STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p.158.

cunstância – impor obrigação a quem não a deve, nem se lhe pode transferir o dever de responder por algo de que não participou, nem há razão jurídica para que seja eleito responsável através da responsabilidade objetiva e da teoria da responsabilidade pelo fato de outrem.

Assim, não se pode com base no argumento da proteção da vítima aplicar de forma indiscriminada a responsabilidade civil objetiva aos hospitais em razão de atos essencialmente médicos, pois estar-se-á impondo obrigação a quem não deve.

MIGUEL KFOURI NETO⁴⁴ traz a solução para que não prejudicando a vítima, também não se imponha obrigação a quem não deve, ao dizer que na responsabilidade civil médica e hospitalar (quanto a esta, nas hipóteses em que se busca a solidariedade passiva do hospital em face do comportamento culposos do médico, que deverá ser objeto de prova) descabe, em princípio, a inversão *o ônus probandi*. No entanto, poderá o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, modificar o encargo, desde que o faça de forma clara e objetiva, atribuindo a produção de prova àquela das partes que ostente condições mais favoráveis de trazê-las aos autos.

Dessa forma, entende-se que o fato de diferenciar a responsabilidade civil dos hospitais por atos de médicos sem e com vínculo empregatício não afeta a proteção da vítima.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, pode-se constatar que para delimitar a natureza da responsabilidade civil dos hospitais, se objetiva ou subjetiva, há que se verificar se o ato danoso decorre de atos extramédicos, paramédicos ou essencialmente médicos.

Verificou-se também que em casos de atos extramédicos e paramédicos a responsabilidade civil do hospital será objetiva. Primeiro, porque se trata de relação de consumo e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Se-

44 Kfourir Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor/Miguel Kfourir Neto. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 88.

gundo, porque o artigo 932, inciso III, cumulado com o art. 933, ambos do Código Civil, dispõem que empregador ou comitente responde, ainda que não haja culpa de sua parte, por seus empregados, serviçais e prepos- tos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Já no que tange aos atos essencialmente médicos, para análise da responsabilidade civil dos hospitais, deve-se verificar se o profissional de medicina agiu com culpa, nos termos do que dispõe o artigo 951 do Có- digo Civil e o parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consu- midor.

Constatou-se também que para configurar a responsabilidade ci- vil dos hospitais por atos essencialmente médicos deverá ser analisado se o profissional de medicina possui vínculo empregatício ou de preposi- ção com o hospital. Se existir, a responsabilidade do hospital será solidá- ria com a do profissional médico, desde que comprovada a culpa deste.

Caso não exista o vínculo empregatício ou de preposição, e verifi- cada a origem do dano e se este decorreu exclusivamente do ato médico, sem nenhuma forma de participação do hospital (inexistente vínculo de preposição entre médico e nosocômio), responderá tão só o profissional de medicina.

Por fim, conclui-se que o fato de diferenciar a responsabilidade ci- vil dos hospitais por atos de médicos sem e com vínculo empregatício não afeta a proteção da vítima, pois em razão da positivação no Código de Processo Civil da técnica das carga probatórias dinâmicas, o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, pode modificar o encargo probatório, desde que o faça de forma clara e objetiva, atribuindo a produção de prova àquela parte que ostente condições mais favoráveis de trazê-las aos autos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil – 11.ed.rev.atual.,atualizada de acordo como o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KFOURI, Neto, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. -3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- KUHN, Maria Leonor de Souza. Responsabilidade Civil a natureza jurídica da relação medico-paciente - 1.ed. -São Paulo: Editora Manole, 2002.
- LIMA, Alvino. Culpa e risco – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- ROCHA, Cleonice Rodrigues Cassari da, 1956 – A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos – Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos – 5.ed. – São Paulo: Atlas,2013.
- STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil – 6 ed.rev.atual e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.
- TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil – 11.ed. rev.,atual., e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil – 4.ed. – São Paulo: Atlas,2004. – (Coleção direito civil;v.4).





DA RESCISÃO CONTRATUAL CAUSADA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE NO TOCANTE À MANUTENÇÃO DE SUAS REDES CREDENCIADAS

THE CONTRACTUAL TERMINATION CAUSED BY HEALTH INSURANCE COMPANIES REGARDING THE MAINTENANCE OF THEIR ACCREDITED NETWORKS

Rui Licínio de Castro Paixão Filho

Mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília. Advogado cível, consumerista e empresarial. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Metodologia do Ensino Superior pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Civil e Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da Bahia e em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos contratos. 2.1 Da função social do contrato. 2.2.1 Breve contexto histórico. 2.1.2 Aplicação deste princípio em nosso sistema normativo. 2.2 2 Da boa-fé objetiva. 2.3 Da confiança 2.4 Dos contratos de planos de saúde. 2.4.1 Conceitos e características básicas. 2.4.2 Dos efeitos da catividade. 3. Da rede credenciada. 4. Da rescisão contratual. 5. Das cláusulas contratuais relativas à rede credenciada dos planos de saúde. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: Este estudo busca demonstrar que a queda na qualidade na rede credenciada de operadoras de planos de saúde implica em quebra de contrato. Inicialmente, foi abordada a função social do contrato, no contexto histórico e na sua aplicação em nosso ordenamento jurídico, com destaque dos princípios dela resultantes, o da boa-fé objetiva e o da confiança. Em seguida, tratou-se dos contratos de planos de saúde e suas principais características. A partir daí, explicou-se sobre como a rede credenciada é tratada na Lei 9.596/1998 e sobre a rescisão contratual. Por fim, fez-se considerações a respeito dos assuntos aqui descritos e da relação entre eles, onde se chegou à conclusão que a queda de qualidade da rede credenciada causa quebra de contrato, obrigando a operadora ao pagamento de multa.

Palavras-Chave: contrato, planos de saúde, rede credenciada, função social do contrato.

Abstract: This paper seeks to demonstrate that the decline in quality in the accredited network of a health insurance company implies a breach of contract. Initially, the social function of the contract was approached in the historical context and its application in the Brazilian legal system, with emphasis on the principles resulting from it, objective good faith and trust. Then, it dealt with the contracts of health plans and their main characteristics. From then on, it was explained how the accredited network is treated in Law 9,596 / 1998 and on contractual termination. Finally, we considered the matters described here and the relationship between them, where it was concluded that the drop in quality of the accredited network causes a breach of contract, forcing the operator to pay a fine.

Keywords: contract, health insurance, accredited network, social function of the contract.

1. INTRODUÇÃO

Embora muitas operadoras de planos de saúde estejam cada vez mais fazendo a opção por ter uma rede própria de profissionais, clínicas, consultórios, laboratórios e hospitais, ainda é bastante comum que grande parte delas tenha uma rede credenciada.

Nesses casos, as operadoras terceirizam seus serviços por meio de prestadores conveniados. Para as operadoras que optam por esse tipo de oferta, é bastante comum o descredenciamento de determinados prestadores de serviço e a inclusão de novos em substituição. A grande questão aqui envolvida é que, de forma cada vez mais frequente, essa substituição ocorre de forma prejudicial ao usuário.

De forma repentina, e muitas vezes sem a devida comunicação, ele se vê privado de um serviço o qual já consumia e confiava, sendo obrigado a aceitar outro imposto pela operadora sem a mesma qualidade.

O art. 17 da Lei 9.596/1998, a Lei dos planos de Saúde, diz que a substituição de um prestador da rede credenciada deve ser feita por outro da mesma qualidade, bem como que a comunicação do fato se dê com trinta dias de antecedência.

Tais premissas, ainda que não estejam expressamente dispostas em cláusula contratual, estão nela implícitas por disposição legal. A questão a ser aqui tratada, portanto, é se a substituição pelo plano de saúde por prestador de qualidade inferior ou a ausência de substituição de um prestador descredenciado pode ou não ser classificado como quebra de contrato.

A importância desse estudo consiste em mostrar que as falhas das operadoras de planos de saúde em manterem o padrão de qualidade de sua rede credenciada, levando em conta o moderno entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca dos contratos, implicam no imediato descumprimento desses contratos, dando direito aos usuários o devido amparo legal contra esse tipo de prática.

O objetivo desse estudo, portanto, é demonstrar que a diminuição da qualidade da rede credenciada por parte das operadoras de planos de saúde acarreta quebra de contrato, o que as levariam a responder pelas consequências previstas em lei.

O método aqui aplicado será o indutivo e se dará através da explicação da função social do contrato, com enfoque nos princípios da boa-fé e da confiança, do contrato de plano de saúde e de como a rede credenciada é regulada pela Lei 9.596/1998.

Por fim, serão feitas considerações sobre a quebra de contrato e suas consequências. Uma vez esclarecidos esses pontos, eles serão relacionados com as questões envolvendo a relação dos planos de saúde e suas redes credenciadas.

2. 2. DOS CONTRATOS

2.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

2.1.1 Breve Contexto Histórico

Os contratos, desde a sua concepção, sempre foram norteados pelo princípio da autonomia de vontade. Sua origem remonta aos ideais iluministas do Século XVIII, com o foco voltado ao indivíduo e aos ideais basilares da Revolução Francesa.

Esse conturbado período histórico deu origem aos direitos individuais, umbilicalmente ligados aos conceitos de liberdade. Sob essa realidade, o exercício da cidadania passou a ser um direito essencial de todos.

Na autonomia da vontade, as partes interessadas podem, mediante acordo mútuo, disciplinar e ordenar e materializar seus interesses. Cláudia Lima Marques, ao explicar sobre a conceituação do contrato, assim definiu seus elementos básicos:

Essa definição, em princípio simples, tem grande valor para nossa análise, pois nela já podemos encontrar os *elementos básicos* que caracterizam a concepção tradicional de contrato até os nossos dias: (1) a vontade (2) do indivíduo (3) livre, (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito. Em outras palavras, na teoria do direito, a concepção clássica de contrato está diretamente ligada à *doutrina da autonomia da vontade* e aos seu reflexo mais importante, qual seja, o *dogma da liberdade contratual*.¹

Essa autonomia dá ao indivíduo total liberdade de escolher com quem contratar. Segundo Orlando Gomes, essa liberdade diz respeito à possibilidade de celebrar ou não um contrato, de determinar a forma do contrato e de estabelecer o conteúdo do contrato.²

1 MARQUES. Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais. – 8ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

2 GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26.

O contrato, dessa forma, adquire força de lei entre seus integrantes, cabendo ao Estado apenas exercer uma vigilância de modo que tudo seja feito em acordo com os pressupostos e requisitos legais.

O advento da Revolução Industrial no século XIX, entretanto, colocou esse caráter absoluto da autonomia da vontade em xeque. Nesse período histórico, o modo capitalista de produção foi consolidado, com a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e o uso de máquinas.

Os investimentos feitos no incremento das primeiras indústrias levaram à oferta de melhores salários. Isso fez com que a população, que até então vivia majoritariamente no campo e produzia tudo o que consumia, migrasse em massa para os grandes centros urbanos.

Esses eventos geraram uma elevada produção de bens e, devido à regra da oferta e demanda, eram vendidos a preços cada vez mais acessíveis. Isso fazia com que esses produtos passassem a ser adquiridos massivamente pelas pessoas, dando origem à sociedade de consumo.

Com isso, começaram a aparecer as primeiras rachaduras no equilíbrio contratual trazido pela autonomia da vontade. Para tornar as vendas mais ágeis e, conseqüentemente, aumentar os lucros, os fabricantes passaram a oferecer contratos padronizados aos consumidores de seus produtos, cujas cláusulas pré-redigidas não podiam ser alteradas. Isso deu origem aos hoje conhecidos contratos de adesão.

Tais contratos, ainda que necessários para que aquela nascente economia pudesse se desenvolver e alcançar novos patamares, comprometeram a base na qual os contratos até então se sustentavam, pois acabaram pervertendo o até então inabalável princípio da autonomia de vontade, destruindo uma de suas bases, a igualdade entre as partes, que passava a ser meramente formal, inexistindo na prática.

Por causa do uso cada vez mais disseminado dos contratos de adesão, os fabricantes, por deterem o poder econômico e o de produção, passaram a incluir em seus contratos padronizados cláusulas que os beneficiavam em detrimento dos seus consumidores.

E essa conduta arbitrária dos fabricantes encontrava amparo no princípio da autonomia da vontade, pois o contrato, uma vez assinado, vinculava legalmente aqueles que o assinavam e impedia que cláusulas explicitamente abusivas pudessem ser questionadas.

Essa situação levava a consequências tenebrosas, pois, à medida que esses contratos padronizados constassem cláusulas cada vez mais arbitrá-

rias, isso levaria, em casos extremos, cessação da compra dos produtos ofertados e o consequente prejuízo financeiro para os fabricantes.

Uma vez que o contrato é fundamentado no equilíbrio entre as partes e esse equilíbrio estava comprometido, a essência do contrato e a corrupção de seus princípios básicos ameaçava sucumbir e, a médio prazo, colocar toda a economia em colapso.

2.1.2 Aplicação deste princípio em nosso sistema normativo

Para evitar que a situação aqui descrita ocorresse e causasse prejuízos irreparáveis à economia, uma maneira que possibilitasse que os contratos pudessem ter suas cláusulas abusivas questionadas e deles retiradas, uma nova concepção sobre contratos teria que ser criada.

Para que esse pensamento fosse colocado em prática, o Estado teria que abandonar parcialmente as práticas liberais e intrometer-se nas relações entre os particulares visando a preservação dos interesses dos consumidores e, consequentemente, reequilibrar a relação contratual.

Isso ocorreu por meio da função social do contrato. Sobre ele, afirma Gustavo Tepedino que:

A função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.³

Sua principal atribuição, portanto, é mitigar o princípio da autonomia da vontade, de modo a evitar o choque com o interesse social e corrigir as distorções relativas aos contratos de adesão, restaurando o equilíbrio contratual.

Em nosso ordenamento jurídico esse princípio encontra-se consagrado no art. 421 no Código Civil: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Tiago Ferreira Cardoso Neves complementa o sentido do dispositivo legal acima referido ao declarar que “o Código Civil não deve ser

3 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 399.

lido como um limite à liberdade das partes, pois elas continuam livres para contratar. Entretanto, essa liberdade só será legitimamente exercida e, portanto, merecedora de tutela, se atender à sua função social.”⁴

Nos planos de saúde, a desobediência a esse princípio pode resultar na nulidade do contrato, conforme os ditames do art. 166 do Código Civil. Um exemplo disso é um contrato perfeito e válido de prestação de serviço no tocante à aquisição de um plano de saúde no qual constem cláusulas de exclusão de risco que não cubram complicações oriundas de acidente pessoal.

O que a função social determina, portanto, é que, ao assinar um contrato, as partes nele envolvidas, além de seus interesses particulares, devem estar atentas aos limites, fins e valores consagrados na Constituição Federal, em especial a dignidade da pessoa humana.

Tudo isso ganha uma amplitude especial em se tratando de contratos de planos de saúde, uma vez que a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme preceitua o art. 196 da Constituição Federal.

Só por essa razão, os contratos de planos de saúde já teriam uma função social bastante rígida. Entretanto, eles ganham um caráter ainda mais impositivo pelo fato da iniciativa privada poder explorar a atividade de assistência à saúde com objetivo de lucro, devendo, todavia, oferecer em troca um serviço adequado e de qualidade.

O art. 197 da Constituição Federal sintetiza a aplicação da função social dos contratos nas questões envolvendo planos de saúde ao estabelecer que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Assim, diante dessa nova realidade, onde as relações contratuais são cada vez mais massificadas e despersonalizadas, a lei passa a ser a principal fonte norteadora dos contratos, dando ao Poder Judiciário o alcance necessário para proporcionar o equilíbrio que a autonomia de vontade, por si só, já não conseguia mais proporcionar.

4 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O Princípio da Função Social dos Contratos nos 15 Anos de Vigência do Código Civil: Análise Crítica de Sua Aplicação pela Doutrina e Jurisprudência. Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil, v. 2, n. 2, 2018, p. 8.

2.2 DA BOA-FÉ OBJETIVA

O advento da função social do contrato proporcionou o fortalecimento e a revitalização de um dos princípios gerais do direito mais nobres, que é o da boa-fé.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a boa-fé tem a seguinte definição:

É um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.⁵

Para ressaltar esse novo poder adquirido, este princípio passou a ser denominado por Cláudia Lima Marques de boa-fé objetiva, dando-lhe o seguinte significado:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁶

Baseado nessas premissas, percebe-se que o princípio da boa-fé objetiva gera deveres a ele anexos, como o dever de informação, de cooperação, de lealdade e de cuidado.

O dever de informação consiste em proporcionar à parte contratante previamente todos os dados acerca do objeto do contrato, sem nenhuma omissão. O dever de cooperação visa empreender esforços visando a correta execução do contrato. O dever de lealdade trata do respeito mútuo entre as partes acerca daquilo que foi contratado. O dever de cuidado tem por fim evitar que o contratante tenha prejuízos tanto a sua integridade física quanto a seu patrimônio.

Desta forma, a função primordial da boa-fé objetiva é interpretar a intenção dos contratantes de acordo com os conceitos de ética e honestidade.

5 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p.18.

6 Op. cit.p. 98.

Esse princípio foi consagrado em nosso ordenamento jurídico através do Código de Defesa do Consumidor em seus art. 4º, III e 51, IV. Nesses dispositivos legais constam o referido princípio reconhecido como tal, bem como a nulidade das cláusulas contratuais abusivas ou que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem, maculando o equilíbrio contratual.

Esse princípio encontra-se igualmente consolidado no art. 422 do Código Civil, que determina expressamente que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

De acordo com Reis e Tucunduva Sobrinho, cabe ao Poder Judiciário, a partir da boa-fé objetiva, solucionar os conflitos por meio de decisões justas e razoáveis balizadas tanto na lei quanto no caso concreto.⁷

Nesses contratos, portanto, em especial por sua duração, a boa-fé objetiva adquire um caráter essencial, pois se a função social dá a sustentação para que haja o equilíbrio contratual entre as partes, é a boa-fé objetiva que vai dar o direcionamento para que ele seja colocado em prática.

2.3 DA CONFIANÇA

A manifestação de vontade do consumidor é manifestada no alcance do objetivo que ele almeja. As ações dos fornecedores visando vender seus produtos ou serviços geram expectativas frutos da confiança que o consumidor tem de estar adquirindo um produto ou serviço que atenda suas necessidades.

Confiança, portanto, pode ser conceituada como a relação de credibilidade que o consumidor deposita no produto ou serviço de modo a obter deles a finalidade esperada.

Ainda que não esteja previsto em nenhum dispositivo legal, o princípio da confiança encontra-se incluído dentro da função social do contrato como uma decorrência do princípio da boa-fé.

Nas relações de consumo, a confiança deriva da legítima expectativa de que o que foi previamente acordado entre as partes não seria alterado enquanto o contrato estivesse em vigor.

Assim, para que uma relação de consumo seja bem-sucedida, a confiança deve prevalecer em todos os aspectos, pois ela é essencial para garantir a manutenção de direitos advindos do contrato.

7 TUCUNDUVA SOBRINHO, Rui Cardoso de Melo; REIS, Clarice Moraes. Boa-fé Objetiva: Contornos de um Novo Contrato. Em: CONPED/UFF Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). Direito Civil. 1ª ed. Florianópolis: FUNJAB. 2012.v. 1, p. 152-169.

As modernas relações contratuais, marcadas pela massificação, despersonalização, tornam a confiança um elemento fundamental para a sua viabilização.

O princípio da confiança, portanto, tem a função de proteger as expectativas do contratante, garantindo que o produto ou serviço por ele adquirido cumpra com o fim que lhe é esperado.

Assim, ficam devidamente resguardados não só a manifestação de vontade das partes como também os interesses sociais, pois a proteção da confiança significa a manutenção das expectativas advindas da contratação.

2.4 DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

2.4.1 Conceitos e características básicas

O contrato de plano de saúde pode ser conceituado como a formalização da obtenção de um serviço de assistência à saúde oferecido pelo contratado em troca do pagamento de parcelas mensais efetuado pelo contratante.

Os sujeitos dessa relação são os consumidores/usuários, que adquirem os serviços ofertados pelas operadoras de planos de saúde que, por sua vez, os disponibilizam no mercado.

Quanto às suas características, os contratos de planos de saúde, ainda que tenham se desgarrado dos contratos de seguro e alçado voo próprio, ainda guardam com estes últimos relações umbilicais, conforme apontam José Reinaldo Lopes e Paulo Neto:

Os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes dos contratos de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de forma semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição desses fundos e sua distribuição. Ao contrário de uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece à venda mercadorias a um público que tem para com elas relações episódicas. São relações não *one-shot*, como diz de modo feliz a expressão inglesa.⁸

8 LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidores de Planos de Saúde (ou, Doente Também tem Direitos) – Uma Revisão. Saúde e Responsabilidade 2: A Nova Assistência Privada à Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.170.

Dessa forma, levando-se em conta as características em comum entre esses dois tipos contratuais e as especificidades daqueles relativos a planos de saúde já aqui apontados, podemos identificá-los como bilaterais, sendo estabelecidos direitos e deveres recíprocos entre a operadora e o usuário, de adesão, com todas as condições já preestabelecidas, e relacionais, de longa duração sem data específica para o término, aleatórios, cujo pleno cumprimento fica na dependência de um evento futuro e incerto e de trato sucessivo, ou seja, se renovam constantemente, prolongando-se no tempo.

Quanto à aleatoriedade nos planos de saúde, esta encontra-se restrita à necessidade ou não do fornecedor de realizar a sua contraprestação, que, por sua vez, fica atrelada à utilização ou não pelo usuário dos serviços ofertados.

Quanto às características específicas dos contratos de planos de saúde, elas se traduzem na cooperação e na solidariedade. Na cooperação, operadoras e usuários se associam objetivando interesses comuns, entre a necessidade de assistência à saúde e a oferta da mesma. Quanto à solidariedade, ela é o elemento de cunho moral que possibilita que as relações de cooperação sejam colocadas em prática.

2.4.2 Dos efeitos da catividade

Os contratos de planos de saúde têm características próprias. Sua principal característica é ser de trato sucessivo, ou seja, se renovam constantemente, prolongando-se no tempo.

Esses contratos, por serem elaborados de forma massificada e ofertarem serviços de natureza específica, acabam por criar entre aqueles que o assinam uma relação de longo prazo. Isso acaba por gerar ao consumidor uma forte dependência em relação ao fornecedor.

Assim, é possível dizer que, nos contratos de planos de saúde, ocorre o que Cláudia Lima Marques chama de catividade, que, segundo ela, “há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, de graves e renovados riscos na vida em sociedade e de grande insegurança quanto ao futuro”.

A esse tipo de contrato a renomada jurista denominou como “cativos de longa duração”. Eles quase sempre envolvem serviços de primeira necessidade, razão pela qual a subordinação do consumidor às condições impostas pelo fornecedor é tão marcante. Já para o fornecedor essa

relação de dependência, ou fidelização, segundo sua ótica, lhe garante lucros consideráveis, por lhe proporcionar um fluxo permanente de clientes atrelados a seus produtos.

Serviços que demandam contratos de longa duração se baseiam em duas premissas: segurança e qualidade. Esses são os requisitos essenciais que o consumidor observa quando pretende usufruir de algo que demanda uma relação duradoura que pode acompanhá-lo por toda a vida.

Assim, por demandar um grande grau de confiança em virtude da qualidade do serviço prestado, bem como da sua importância econômica e social, estes serviços são constantemente fiscalizados pelo Estado, de modo que sua função social é sempre colocada em destaque.

Essa relação contratual constitui, portanto, a essência dos contratos de planos de saúde, na qual a relação de dependência é ainda mais marcante, pois o usuário tem a intenção de permanecer usufruindo do serviço ofertado pela operadora por um longo tempo, pois tem ciência dos prejuízos que sofrerá caso seja obrigado a trocar de plano quando se tornar idoso.

3. 3. DA REDE CREDENCIADA

Na rede credenciada, também conhecida como rede conveniada, os prestadores de serviços, médicos, clínicas e hospitais são contratados pelas operadoras de planos de saúde para atenderem seus usuários. A lista dessa rede credenciada costuma estar disponível no site do plano, indicando horários de atendimento, endereços telefônicos.

Ao regular as questões envolvendo a rede credenciada de uma operadora de plano de saúde, a Lei 9.596/1998 tinha como objetivo a criação de uma rede estável, uma vez que o usuário de um plano de saúde, à medida que seu tratamento se prolonga, estabelece com o local e com os profissionais que lhe atendem, uma relação de confiança. Tal relação estaria comprometida se, subitamente, o usuário se visse privado desse tratamento por causa de descredenciamentos indiscriminados por parte das operadoras.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes reitera a importância desse fato ao dispor que:

A questão é bastante grave e relevante, porque o consumidor, ao escolher e ingressar num plano de saúde, avalia os serviços conveniados e credenciados e deles se utiliza, utilização essa que o acaba vinculando. Primeiro, nos casos em que, por motivo de doença que exija acompanha-

mento, o atendimento passe a ser constante. Depois, porque, ainda que de forma eventual, o consumidor pode querer retornar ao mesmo médico, hospital etc., que já o recebeu antes tem seu histórico, e pode fazer seu acompanhamento pessoal. Em termos de saúde, isso é importante.⁹

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendendo a importância disso pacificou seu entendimento da seguinte forma:

O descumprimento contratual em regra não produz dano moral compensável. Entretanto, mais do que o tratamento de uma doença passível de ser realizado em qualquer clínica ou hospital estruturado, é natural que o paciente, com acompanhamento médico-hospitalar e de hemodiálise frequente, construa relações de afeto e sensibilidade em relação aos profissionais que lhe prestam, direta ou indiretamente, serviços de atenção à saúde.¹⁰

Assim, em caso de mudanças na rede credenciada, a operadora tem a obrigação de comunicar o fato ao usuário com até trinta dias de antecedência, devendo deixar tudo registrado, de modo a provar que realizou tudo a contento. Além disso, essa substituição deve manter a qualidade do serviço contratado. Essa comunicação deve ser feita também à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), para que ela examine se a rede substituta manterá a qualidade daquela que foi substituída e, a partir daí, conceder ou não a autorização para que a mudança ocorra.

O art. 17-A da Lei 9.596/1998 estabelece as relações entre as operadoras de planos de saúde e sua rede credenciada, impondo que as obrigações entre elas devem ser reguladas por um contrato escrito, com todos os requisitos para sua completa execução.

Dessa forma, os médicos, profissionais de saúde, consultórios, clínicas, hospitais e laboratórios, para fazerem parte de uma rede credenciada de qualquer operadora, devem com ela assinar um contrato oficializando a relação.

A única forma de um usuário de plano de saúde ser atendido por profissionais e locais, com os quais a operadora não tem nenhum contrato prévio, é em casos de urgência e emergência, com o devido reembolso.

9 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários à Lei de Planos Privados de Assistência à Saúde. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 68.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.662.344 /SP. 3ª Turma. Saúde Suplementar. Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Obrigação de Fazer c/c Compensação por Danos Morais. Embargos de Declaração. Omissão. Não Ocorrência. Plano de Saúde. Descrédenciamento de Hospital. Requisitos. Dever de Informação. Ato Ilícito. Configurado. Dano Moral. Tratamento Frequente de Hemodiálise. Mapa Afetivo. Agravamento da Situação Física e Psicológica do Paciente. Arbitramento. Juros e Correção Monetária. Modificação da Sucumbência. Relator Min. Nancy Andrighi. DJe, Brasília, 29 mar. 2018.

4. DA RESCISÃO CONTRATUAL

Diante do receio dos fornecedores em perder clientes para concorrentes, é costumeiro entre eles, quando são feitos seus contratos de adesão, incluir neles cláusulas que desestimulem e inibam a rescisão, o que, dependendo da situação, pode gerar sérios prejuízos ao consumidor.

É natural que contratos costumem vir incluídos de cláusulas obrigando o pagamento de multa em caso de descumprimento. Tal cobrança, dependendo do seu valor, é legal, desde que valha para ambas as partes.

Assim, caso o contrato estipule multa por descumprimento apenas para o consumidor em caso de quebra de vínculo contratual, a referida cláusula é abusiva e passível de ser declarada nula pelo juiz.

Em casos envolvendo a rede credenciada de planos de saúde, o *caput* do art. 17 da Lei 9.596/1998 é bastante taxativo ao afirmar que:

A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência.

Dessa forma, as operadoras podem efetivamente descredenciar serviços apenas para substituí-los por outros, comunicando previamente seus usuários e a ANS com trinta dias de antecedência, devendo ter o novo serviço credenciado o mesmo padrão de qualidade daquele que foi descontinuado.

Assim, ainda que não estejam incluídas em contrato, as obrigações acima impostas têm o dever legal de serem cumpridas pelas operadoras de planos de saúde.

O art. 17-A desta mesma lei impõe que as questões envolvendo a rede credenciada de um plano de saúde devem ser reguladas por um contrato escrito, com todos os requisitos para sua completa execução.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, dispõe que o fornecedor responde pelos danos causados por má prestação dos serviços independentemente de culpa, além de insuficiência nas informações prestadas.

Quando uma operadora descredencia uma parte de sua rede de atendimento sem a devida comunicação a quem de direito e não efetua a substituição por outro serviço equivalente, a operadora não só está des-

cumprindo o Código de Defesa do Consumidor, como também está impondo obstáculos ao correto cumprimento do contrato.

Para que o consumidor permaneça fiel ao serviço contratado e o mantenha por longo período, é necessária a manutenção da qualidade do serviço, pois ninguém pode ser obrigado a manter a relação contratual se o serviço não atender às expectativas criadas pelo próprio contrato. Tal situação, por si só, é motivo para a rescisão contratual, podendo gerar inclusive o pagamento de multa contratual.

5. DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS RELATIVAS À REDE CREDENCIADA DOS PLANOS DE SAÚDE

A rede credenciada de uma operadora de plano de saúde é o principal fator que leva o usuário a contratar ou não seus serviços. Cioso da importância com esse tipo de cuidado, o consumidor desse tipo de serviço vai optar por contratar o serviço da operadora capaz não só de ter uma rede credenciada de qualidade como também de manter a qualidade do serviço.

Essa qualidade é mantida quando uma parte integrante da rede credenciada de um plano de saúde deixar de fazer parte dela e a operadora a substituir por outra do mesmo nível, de modo que o consumidor tenha pleno acesso ao serviço contratado, com o pleno cumprimento do contrato assinado.

Uma vez que estes contratos estão submetidos ao princípio da função social do contrato e de todas as implicações dele decorrentes, a operadora de plano de saúde é responsável por facilitar e ajudar a compreensão do consumidor médio, a fim de assegurar a autonomia da vontade e o equilíbrio contratual.

Entretanto, mesmo com toda esta proteção legal, é bastante usual os contratos de planos de saúde conterem cláusulas de interpretação dúbia que acabam maculando a boa-fé que deveria ser recíproca entre as partes.

O que se tem visto, entretanto, é a quantidade cada vez maior de operadoras de planos de saúde que tratam suas redes credenciadas com negligência.

Os casos mais comuns tratam da substituição e da manutenção da qualidade dessas redes. Quanto à substituição, ocorrem casos em que um membro é descredenciado e a operadora não faz nada para substituí-lo.

Pior é quando essa substituição ocorre e o substituto é de qualidade inferior àquela que o usuário estava acostumado e que o levou a assinar contrato com a operadora.

Ambos os casos maculam de forma irremediável o contrato assinado, justificando a rescisão do mesmo por parte do consumidor/usuário, além de gerarem prejuízos com implicações consumeristas, pois o consumidor permanece obrigado a cumprir com sua obrigação relativa ao pagamento das mensalidades sem que lhe seja dada a devida contrapartida.

Nos contratos relacionais, dos quais os relativos a planos de saúde estão incluídos, as expectativas de continuidade do vínculo são compartilhadas pelos contratantes, de modo que se o contrato é rompido de forma unilateral pela operadora, o consumidor/usuário encontraria muita dificuldade para celebrar um novo contrato, em termos e condições idênticos, com outra operadora. Esse modelo contratual traz em sua essência a geração de expectativa de parceria mútua, inspirado pela confiança e cooperação verificadas no decorrer de seu cumprimento.

A ocorrência das situações aqui descritas, principalmente em função da manifesta vulnerabilidade por parte do consumidor/usuário, portanto, configura abuso de poder, além de violação expressa aos princípios da boa-fé e da confiança inerentes à função social do contrato.

Essa situação se torna ainda mais grave se levarmos em conta que muitos desses consumidores/usuários são idosos, cuja dificuldade em firmar contratos de planos de saúde e pagar por eles é gigantesca.

Por tudo isso, o Poder Judiciário tende a ser bastante rigoroso com casos de descumprimentos de contratos de planos de saúde causados pelas operadoras. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em um de seus julgados, já determinou que “A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado”.¹¹

Assim, ao não prover os meios para manter a qualidade da sua rede credenciada, a operadora descumpre flagrantemente o contrato de prestação de serviço assinado com o usuário, justificando plenamente a rescisão contratual por parte deste, bem como o recebimento de todas as indenizações devidas por parte desse descumprimento.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 418572/SP. 4ª Turma. Civil e Processual Civil. Plano de Saúde. Alteração Unilateral do Contrato. Internação em Hospital não Conveniado. CDC. Boa-Fé Objetiva. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe, Brasília, 30 mar. 2019.

Entretanto, para que essa rescisão contratual ocorra, é necessário que o consumidor/usuário fundamente suas razões para a rescisão, como troca de hospital onde realiza tratamento altamente especializado ou credenciamento de especialista em doenças raras.

Dentre essas indenizações, inclui-se o pagamento de multa. Em contratos de adesão, os planos de saúde costumam impor multas pesadíssimas caso o consumidor descumpra o contrato, levando-o a rescisão. Assim, uma vez que a operadora de planos de saúde dê margem à queda de qualidade de sua rede credenciada, justifica a rescisão contratual, com a consequente aplicação de multa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falta de cuidado das operadoras de planos de saúde com sua rede credenciada, pelos impactos que traz, deve ser punida com rigor tanto na esfera consumerista quanto na esfera contratual.

Ainda que no contrato não constem cláusulas no tocante à rede credenciada, a questão encontra-se devidamente regulada pela Lei 9.596/1998 e isso, aliado à função social do contrato, cuja principal fonte é a lei, torna os contratos de planos de saúde a ela vinculados.

A conduta negligente das operadoras com sua rede credenciada que resulte em prejuízo no pleno uso desses serviços por parte de seus usuários, portanto, resulta em quebra de contrato, possibilitando aos usuários rescindi-lo.

Desse modo, a operadora que causa essa quebra de contrato por não manter sua rede credenciada com a qualidade esperada deve responder pelas implicações de natureza consumeristas envolvidas e também prestar contas das consequências ocasionadas por uma quebra de contrato, como o pagamento de multa.

Dessa forma, a operadora de planos de saúde, diante das pesadas consequências que teria de arcar nos casos da queda de nível de sua rede, passaria a se comportar com mais zelo nesse sentido, mantendo a qualidade do serviço prestado a seus clientes.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- BARROS, Marcia Cristina Cardoso Barros. Contratos de Planos de Saúde: Princípios Básicos da Atividade. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 6. Judicialização da Saúde – Parte 1. EMERJ, 2011.
- MARQUES. Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais. – 8ªed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidores de Planos de Saúde (ou, Doente Também Tem Direitos) – UMA REVISÃO. SAÚDE E RESPONSABILIDADE 2: A Nova Assistência Privada à Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O Princípio da Função Social dos Contratos nos 15 Anos de Vigência do Código Civil: Análise Crítica de Sua Aplicação Pela Doutrina e Jurisprudência. Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil, v. 2, n. 2, 2018.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários à Lei de Plano Privados de Assistência à Saúde. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SANTOS, João Felipe Pantaleão Carvalho. A Boa-Fé nos Contratos de Planos de Saúde: O Debate sobre Contratos Antigos e Novos no Tocante ao Significado de Prótese (Stent e Outros). Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 8, no 540. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2015/a-bou-fe-contratos-planos-saude-debate-contratos-antigos-novos-tocante-ao-significado-protese-stent-outros>> Acesso em: 11 abr. 2019.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TUCUNDUVA SOBRINHO, Rui Cardoso de Melo; REIS, Clarice Moraes. Boa-fé Objetiva: Contornos de um Novo Contrato. Em: CONPED/UFF Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). Direito Civil. 1ª ed. Florianópolis: FUNJAB. 2012.





A CONSOLIDAÇÃO DOS REQUISITOS DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA AS ENTIDADES ASSISTENCIAIS DE SAÚDE: UMA LEITURA ANALÍTICA E PRÁTICA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADIN 2028 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*THE CONSOLIDATION OF THE REQUIREMENTS OF TAX
IMMUNITY FOR HEALTH CARE ENTITIES: AN ANALYTICAL
AND PRACTICAL READING OF THE DECISION IN ADIN
2028 OF SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

Jair José Mariano Filho

Advogado atuante em Direito Público com especialização e mestrado em Direito Constitucional.

Fernanda Bazanelli Bini

Advogada atuante em Direito Médico e Contratual. Especialista em Direito Desportivo pelo IBDD/IBET.

Claudio Bini

Advogado atuante em Direito Tributário e Terceiro Setor desde 1979. Ex-Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil/SP.

Resumo: Ao longo dos anos, a administração pública instituiu regras, leis ordinárias, resoluções normativas, instruções normativas e outras normas infraconstitucionais e não de caráter complementar, que impuseram às entidades prestadoras de serviços e assistência social, especialmente hospitais beneficentes, outros critérios para o gozo da imunidade tributária. Ocorre que essa angústia, ou pelo menos parte dela, encerrou-se com o julgamento definitivo da Adin 2028 no Supremo Tribunal Federal, que aglutinou as ações semelhantes e consolidou o entendimento no sentido de que os pressupostos para o “gozo da imunidade tributária hão de ser estabelecidos em lei complementar”, fazendo com que todas as normas infraconstitucionais que criam outros requisitos percam efeito para a desconsideração da imunidade tributária. O presente artigo analisa a Adin 2028 por meio de leitura analítica e prática da decisão.

Palavras-chaves: imunidade tributária, adin 2028, hospitais, assistência, desconsideração imunidade.

Abstract: Over the years, the public administration has established rules, normative resolutions, normative instructions and other normal infra-constitutional, that have imposed the entities that provide services and social assistance, especially charitable hospitals, other *requirements* for the enjoyment of tax immunity. It happens that this anguish, or at least part of it, ended with the final judgment of adin 2028 of Supremo Tribunal Federal, which brought together similar actions and consolidated the understanding that the assumptions for the “enjoyment of tax immunity will be established in complementary law”, Making all infra-constitutional rules that create other requirements to lose effect for the disregard of tax immunity. This paper analyses the Adin 2028 through analytical and practical reading of the decision

Keywords: tax immunity, adin 2028, hospitals, assistance, disregarding immunity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Adin 2.028 e suas aglutinações. 3. Da reclamação como instrumento para efetivação da imunidade tributária. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A imunidade tributária é um instituto pelo qual se impõe ao Esta-

do a incompetência para tributar, ou seja, a imunidade tributária sugere que determinada entidade tenha o direito de não recolher um tributo ou contribuição compulsória em função de sua atividade, tratando-se de uma exoneração com base constitucional, cuja existência impede o sujeito ativo de proceder a cobrança de tributos do sujeito que, teoricamente, seria o polo passivo.

Dentre as diversas imunidades tributárias existentes na Constituição Federal, duas são importantes e ressaltadas para o caso em comento, sendo uma instituída pelo artigo 150, alínea “c” ⁽¹⁾ e outra instituída pelo artigo 195, parágrafo 7º ⁽²⁾ ambos da Constituição Federal. A primeira diz respeito aos impostos e a segunda, às contribuições sociais:

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

VI - instituir impostos sobre:

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

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

A imunidade tratada no artigo 150, alínea “c” da Constituição Federal é formal e tem sua eficácia sobre impostos propriamente ditos, como Imposto de Renda e outros, por outro lado, a imunidade apresentada no artigo 195 parágrafo 7º é material e tem sua eficácia sobre contribuições compulsórias, especialmente àquelas atreladas à previdência social.

No primeiro caso, a imunidade é formal, pois, a entidade para ser imune apenas precisa “ser” sem fins lucrativos, independente da sua finalidade, bem como cumprir os pressupostos apresentados por lei complementar, que no caso trata-se do Código Tributário Nacional (Artigo 14)

1 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >.

2 Idem.

(³). No segundo caso, a imunidade é material, pois, não basta apenas a caracterização formal da entidade como “sem fins lucrativos”, é necessário que, além disso, seu objeto seja “prestar” a assistência social.

Assim, para ser imune nos termos do artigo 150, “c” da Constituição Federal sobre impostos, a entidade precisa de quatro requisitos, sendo certo que a Constituição Federal impõe um requisito formal e a lei complementar impõe mais três materiais. Por outro lado, para ser imune nos termos 195 parágrafo 7º da Constituição Federal, a entidade também precisa de quatro requisitos, sendo um material imposto pela própria Constituição Federal, que é “prestar” assistência social, e mais três materiais apresentados também pelo mesmo dispositivo de Lei Complementar, ou seja, artigo 14 do Código Tributário Nacional.

Para melhor compreensão da fala, apresenta quadro comparativo com os pressupostos de ambas as imunidades:

Imunidade Impostos (150, C da CF)	Imunidade Contribuições (195 parágrafo 7º da CF)
a) Ser entidade sem fins lucrativos formalmente (CF); b) I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título (Artigo 14 do CTN); c) II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais (Artigo 14 do CTN); d) III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão (Artigo 14 do CTN).	a) Ser entidade de assistência social (CF); (prestar) b) I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título (Artigo 14 do CTN); c) II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais (Artigo 14 do CTN); d) III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão (Artigo 14 do CTN).

Os pressupostos apresentados pelo quadro comparativo são taxativos e invariáveis, isso é, são esses e só, nenhum outro é possível para rever a imunidade de uma entidade. Em palavras mais simples, não é possível

3 BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>.

lei ordinária, instrução da Receita Federal ou normas da própria Fazenda Pública instituírem outros requisitos senão os apresentados anteriormente para o gozo da imunidade tributária, seja de impostos, seja de contribuições, sob pena de incorrerem em inconstitucionalidade.

A imunidade tributária, por ser matéria inteiramente constitucional, só pode ser disciplinada pela própria Constituição Federal ou regulamentada por lei complementar, não sendo possível que nenhuma outra lei ordinária ou ato normativo institua requisitos ou pressupostos ou mesmo disponha sobre a matéria, sob pena, de se o fizer, ser considerada inconstitucional já em sua forma, por violação ao artigo 146, II da Constituição Federal “Art. 146. Cabe à lei complementar: II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar” ⁽⁴⁾.

Apesar disso, ao longo dos anos, a União, a Receita Federal, ou seja, a Fazenda Pública, instituíram regras, leis ordinárias, resoluções normativas, instruções normativas e outras normas infraconstitucionais e não de caráter complementar, que impuseram às entidades prestadoras de serviços e assistência social, especialmente hospitais beneficentes, outros critérios para o gozo da imunidade tributária. Alguns exemplos são: necessidade de atendimento mínimo ao SUS, exigência do CEBAS, critérios qualitativos (taxa de internação, infecção hospitalar etc), mínimo de leitos, não ter plano de saúde próprio, não alugar estacionamento, enfim não exercer atividades econômicas e tantos outros.

Ocorre que, todos os critérios alheios àqueles estabelecidos pela própria Constituição Federal e por lei complementar, não são válidos e não podem embasar a descon sideração da imunidade, isso porque a concessão da imunidade não é um ato discricionário da administração pública e sim um benefício constitucional vinculado, isso é, existindo os critérios para o gozo da imunidade, não pode a administração pública por liberalidade descon siderar a entidade imune e cobrar impostos ou contribuições compulsórias a bel-prazer.

E durante esses longos anos, as entidades sofreram represália da Fazenda Pública, por meio de autos de infração embasados em lei ordinária ou instrução normativa, que descon sidera a imunidade tributária da entidade ou hospital e impõe ônus financeiro insustentável, fazendo com que muitas fechem as portas ou tenham dificuldades para se man-

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

ter, necessitando entrar em sistemas de parcelamento tributário infundáveis e com juros exorbitantes, criando déficit na própria assistência social do país.

Ocorre que essa angustia, ou pelo menos parte dela, se encerrou com o julgamento definitivo da adin 2028 do Supremo Tribunal Federal, que aglutinou as ações semelhantes e consolidou o entendimento de que os pressupostos para o “gozo da imunidade tributária não de ser estabelecidos em lei complementar”, fazendo com que todas as normas infraconstitucionais que criam outros requisitos percam efeito para a desconsideração da imunidade tributária.

Por se tratar a Adin 2028 de um marco para a análise da imunidade tributária, imprescindível que trabalhos acadêmicos analisem o seu conteúdo. O presente artigo analisará na parte teórica e prática a decisão proferida na adin 2028 no Supremo Tribunal Federal.

2. DA DECISÃO EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF: ADIN 2.028 E SUAS AGLUTINAÇÕES:

Sem se alongar nos conceitos doutrinários acerca do controle concentrado de constitucionalidade, cumpre dizer rapidamente que se trata de demanda julgada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal com característica *in abstracto*, isso é, o conflito apresentado no julgamento é exclusivamente sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo seu efeito *erga omnes*, ou seja, “para todos”. Assim, desde a administração pública até o próprio judiciário devem considerar a decisão, podendo, qualquer indivíduo ou entidade se valer desta decisão para buscar seu direito, em casos semelhantes que violam a decisão do Supremo Tribunal Federal.

O objeto inicial do dito controle concentrado era a declaração de inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212, e artigos 4º, 5º e 7º da Lei nº 9.732 de 1998, uma vez que os respectivos dispositivos instituíram requisitos outros para imunidade tributária que não aqueles instituídos pela Constituição Federal ou por lei complementar (CTN). Além disso, o objeto da Repercussão Geral aglutinada na própria ADIN, que posteriormente tornou-se verdadeira ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) é “a necessidade de lei complementar para instituir requisitos da imunidade tributária”.

Desta forma, o cerne do objeto da Adin são duas questões: (i) impossibilidade de lei ordinária dispor sobre requisitos de imunidade tributária, (ii) possibilidade da entidade imune praticar atividades econômicas lucrativas ou com *superávit*.

O relator inicia seu voto mencionando que:

Observo que nenhum dos artigos citados (art. 150, VI, c, 195, parágrafo 7º e 206) condiciona o reconhecimento da imunidade à exclusividade da prestação de serviços ou benefícios gratuitos, pois os conceitos de beneficência e ação de assistência social não se confundem no plano constitucional ⁽⁵⁾.

Importante registrar a diferença conceitual da natureza jurídica apresentada pelo relator quanto aos termos “beneficente” e “assistência social”, diferenciando ambos e indicando que não há necessidade da entidade ser exclusivamente beneficente para o gozo da imunidade. Essa análise feita pelo relator vai ao encontro do conceito existente no artigo 3 da Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993 ⁽⁶⁾:

Art. 3º Consideram-se entidades e organizações de assistência social aquelas sem fins lucrativos que, isolada ou cumulativamente, prestam atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos por esta Lei, bem como as que atuam na defesa e garantia de direitos.

Com isso, é possível observar que em nenhum momento há a necessidade da assistência social ser realizada apenas por meios gratuitos ou beneficente. Aliás, é possível notar também que desde a introdução do seu voto, o relator afirma que a entidade imune não necessariamente é destinada em sua maioria à filantropia, e mais, não necessariamente deve ser uma entidade carente que somente recebe valores de órgãos públicos e ou de doações, podendo exercer atividades econômicas de diversos seguimentos para sua subsistência, desde que os resultados sejam empenhados no objeto social e na assistência social da população.

É evidente que a circunstância de a entidade cobrar pela prestação de alguns de seus serviços ou benefícios, ou ainda possuir outras fontes de receita que visem o lucro, não lhe retira a condição de beneficente, como aliás, já decidiu a Corte em diversas oportunidades” ⁽⁷⁾ (...) e res-

5 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Adin 2028**. p. 4 do voto do relator da ADI 2028. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1768733>>.

6 BRASIL. **Lei nº 8.742 de 1993**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>.

7 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Adin 2028**. p. 4 do voto do relator da ADI 2028. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1768733>>.

salta que “é improvável que uma entidade beneficente privada consiga recursos suficientes para atender seus objetivos apenas com doações voluntárias de particulares. Por outro lado, é da essência das atividades privadas beneficentes não constar necessariamente com subsídio público... se as fontes de recursos das entidades beneficentes forem limitadas a doações espontâneas e às subvenções públicas, perde-se a garantia de independência”⁽⁸⁾

A visão do relator, ao ver dos redatores deste artigo, está mais do que correta, pois, é preciso se livrar da ideia de que a entidade sem fins lucrativos com finalidade de atendimento à saúde e de assistência social não pode ter outras fontes de receitas que visem a lucratividade e a expansão da atividade. A característica de entidade sem fins lucrativos não se confunde com entidade miserável ou moribunda que necessita de súplica ao Estado para sobreviver, mas somente que não há a distribuição de lucro aos sócios ou associados, ou seja, toda lucratividade é destinada a sua própria finalidade, que no caso dos hospitais é prestar atendimento social na saúde, seja particular, misto ou gratuito.

Assim, é possível que entidade imune invista valores em diversos seguimentos da sociedade para conseguir o devido retorno, inclusive com o foco na lucratividade dos investimentos, desde que não distribua tais lucratividades com os sócios ou associados, mas os empenhem na própria atividade constante do Estatuto Social, que pode ou não ser atividade gratuita aos cidadãos. O próprio Supremo Tribunal Federal⁽⁹⁾ editou súmula vinculante a respeito de tema correlato, autorizando a atividade econômica da entidade para fins de arrecadar valores para investimento nos seus fins sociais:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas

Verifica-se no texto da súmula, que a simples menção do conteúdo “ainda quando alugado por terceiros” já torna implícita a possibilidade da entidade assistencial realizar atividade econômica, sem que isso afete a imunidade tributária quanto ao IPTU.

8 *Idem*, p.4-5.

9 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menu-Sumario.asp?sumula=2610>>.

Pois bem. Seguindo a análise da Adin 2028, o relator julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos “artigo 55 da Lei nº 8.212, artigo 4º, 5º e 7º da Lei nº 9.732 de 1998”, que impunham restrições, requisitos e pressupostos que não estavam na Constituição Federal e em na lei complementar para o gozo da imunidade tributária.

Além do relator, outros votos dos demais ministros também seguiram essa linha e são essenciais para o aprofundamento da matéria aqui debatida. Por exemplo, o ministro Teori sustentou que o instituto da imunidade tem natureza jurídica de política de Estado, isto é, essencial para a manutenção de diversas políticas públicas no que se relaciona à assistência social. Por isso, apenas lei complementar é apta para regulamentá-la, diante da sua maior representatividade no congresso e da maior imutabilidade do que a lei ordinária, situação imprescindível em política de Estado ⁽¹⁰⁾.

Aqui cabe um adendo para demonstrar que a análise do ministro Teori está correta e a imunidade tributária trata-se mesmo de uma política de Estado, uma vez que o retorno desta imunidade para a sociedade é quase incalculável. Se por um lado a administração pública deixa de arrecadar impostos, por outro lado ela recebe em assistência social para a população, reduzindo consideravelmente o custo do Estado que seria consideravelmente maior se realizado diretamente pelo setor público.

Para se ter uma ideia do grande retorno de política pública que a imunidade tributária impulsiona, um estudo recente realizado pela Fonnif e Dom Strategy Partners com auditoria da Audisa indicou que *“para cada R\$1,00 oferecido pelo Estado como imunidade fiscal às filantrópicas, há um retorno de R\$7,39 em benefícios entregues à sociedade”* ⁽¹¹⁾. Portan-

10 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Adin 2028**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1768733> >. *“Sem embargo dessas ponderáveis razões, não há como negar a superioridade da tese contrária, que reclama lei complementar para esse desiderato. É que a imunidade se diferencia das isenções e demais figuras de desoneração tributárias justamente por cumprir uma missão mais nobre do que estas últimas. A imunidade de contribuições sociais serve não apenas a propósitos fiscais, mas à consecução e alguns dos objetivos que são fundamentais para a República, como a construção de uma sociedade solidária e voltada para a erradicação da pobreza. Objetivos fundamentais da República não podem ficar à mercê da vontade transitória de governos. Devem ser respeitados, honrados e valorizados por todos os governos, transcendendo a frequência ordinária em que se desenvolvem costumeiramente os juízos políticos de conveniência e oportunidade, para desfrutar da dignidade de políticas de Estado, porque é isso o que são.”* Teori Zavascki, voto adin 2028.

11 BRASIL. **Terra – revista e portal de notícias online**. Disponível em < <https://www.terra.com.br/noticias/dino/pesquisa-mostra-que-contrapartida-das-filantropicas-e-maior-do-que-imunidade-tributaria-destinada-ao-setor,d257ef70f328b3a3bb8d0c14c956f534utxm0dcg.html> >.

to, a imunidade não é uma benesse do Estado para um determinado setor, mas uma forma de impulsionar a política pública do setor assistencial com o melhor custo benefício à população.

Além disso, o ministro Teori também ressalta que para as leis ordinárias são resguardadas apenas questões procedimentais referentes à certificação, à fiscalização e ao controle administrativo quanto à imunidade, mas nunca sobre os seus pressupostos e requisitos em si ⁽¹²⁾. O ministro também declarou inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, ressaltando a necessidade de lei complementar para dispor sobre requisitos da imunidade.

Por final, o ministro Dias Toffoli ressalta que prevaleceu duas situações com o julgamento da respectiva Adin, uma quanto à impossibilidade de criar critérios para imunidade por dispositivo infraconstitucionais e a possibilidade de lei ordinária reger apenas questões procedimentais da assistência social:

Prevaleceu o entendimento de que os requisitos da lei que o artigo 195, parágrafo 7º da Constituição Federal manda observar não dizem respeito a configuração da imunidade, mas àquelas normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune. Na ocasião, todavia, o relator asseverou que duas teses são igualmente relevantes, quais seja: (i) de que todo e qualquer requisito que diga respeito à imunidade deve ser disciplinado por lei complementar e (ii) de que a referência genérica à lei, significa que a lei é ordinária" ⁽¹³⁾.

Pela leitura desta parte final do voto do ministro Dias Toffoli pode-se extrair claramente que os requisitos para imunidade tributária são exclusivamente aqueles dispostos na Constituição Federal e em lei complementar, mas nunca em lei ordinária ou em norma infralegal (resoluções, normativas, etc).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, na Adin 1.802 do DF, sob relatoria do ministro Dias Toffoli, veio a confirmar que os requisitos para gozo da imunidade só podem ser estabelecidos pela Constituição Fe-

12 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Adin 2028**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1768733> > *"É essencial frisar, todavia, que essa proposição não produz uma contundente reviravolta na jurisprudência da Corte a respeito da matéria, mas apenas um reajuste pontual. Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para definição do modo benéfico de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo artigo 195, parágrafo 7º da Constituição Federal, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas"*. Teori Zavascki, voto Adin 2028.

13 Idem, p. 113 do Ministro Dias Toffoli na Adin 2028.

deral e por lei complementar ⁽¹⁴⁾. Sendo certo e ressaltado que as leis ordinárias apenas podem dispor sobre o funcionamento da assistência social, como atuação, certificação e controle, mas nunca de requisitos outros para o gozo da imunidade:

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.

Assim, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que as leis ordinárias ou normas infra legais podem, no máximo, dispor sobre o funcionamento das entidades imunes e nunca, em absoluto, sobre os requisitos da imunidade tributária, sendo certo que se o fizer será inconstitucional, consolidando o entendimento doutrinário há anos estabelecido por doutrinadores como Heleno Torres por exemplo:

Nenhuma lei ordinária, portanto, poderá inovar o catálogo de critérios justificativos da suspensão dos efeitos imunitários. Ao admitir, a Constituição, que tais entidades possam dispor de excedentes financeiros, está reconhecido no texto constitucional o direito ao desempenho de atividade econômica rentável pelas escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, espancando qualquer dúvida a respeito ⁽¹⁵⁾.

Com a consolidação deste entendimento, para o gozo da imunidade tributária as entidades que prestam serviços de saúde, devem a) ser sem fins lucrativos (imposto) ou de assistência social (contribuição), b) não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título, c) aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção do seus objetivos institucionais e d) manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

14 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Adin 1802**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1699372> > *“Em linhas gerais, a orientação que prevaleceu no recente julgamento da ADI nº 2.028/DF foi que os artigos da lei ordinária – naquele caso a Lei nº 9.732/98 e que “criaram contrapartidas a serem observadas pelas entidades beneficentes” padeciam de vício formal, por invadir competência reservada a lei complementar. Contudo, não se vislumbrou vício formal – tampouco material, nas acrescidas que cuidam de meros aspectos procedimentais necessários à verificação do atendimento das finalidades constitucionais da regra de imunidade, tais como referentes à certificação, à fiscalização e ao controle administrativo. Vide que o ponto de tensão residiu na definição do modo de ser beneficente da atuação das entidades acobertadas pela imunidade do artigo 195 parágrafo 7º, da Constituição. Prevaleceu a reserva da lei complementar, especialmente no que se refere à instituição de contrapartida a serem observadas por elas”*. Voto ministro Dias Toffoli na Adin 1.802.

15 TORRES, Heleno in _____ **COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL**, p. 1771, Saraiva, 2018.

a) Ser entidade de assistência social (apenas para contribuição):

A diferença essencial entre a imunidade do artigo 150 e o do artigo 195 da Constituição Federal é que o primeiro impõe a entidade “ser sem fins lucrativos” e o segundo impõe que além disso também “preste assistência social”. Quanto ao requisito do artigo 150, por ser formal e claro não há necessidade de discorrer sobre ele com profundidade, sendo necessária e mais complexa a análise da imunidade do artigo 195, parágrafo 7º da Constituição Federal.

O primeiro requisito para o gozo da imunidade nos termos do artigo 195, parágrafo 7º da Constituição Federal, está elencado materialmente no próprio dispositivo, que é “ser entidade de assistência social”. O verbo “ser” deve ser entendido igualmente ao verbo “fazer”, já que prestar a assistência social à população é um requisito material de ação.

Heleno Torres mesmo explica que, tal requisito disposto no próprio artigo da Constituição Federal é material, pois, implica em condição positiva e material de ação *“Por condição material de imunidade do artigo 195, parágrafo 7º da Constituição Federal, deve-se entender mais o atendimento aos requisitos que definem uma entidade como sendo de “assistência social” do que qualquer referência a regime de apuração de eventual lucratividade”* (16).

Em palavras mais simples, quer dizer que o requisito material apresentado no dispositivo constitucional impõe exclusivamente à entidade a prestação de serviços sociais e nada mais, podendo ou não a assistência ser gratuita. A Constituição Federal, nesse dispositivo, não está condicionando a não lucratividade e muito menos a falta de investimento da entidade em fontes de renda para custear suas necessidades. A única obrigação ou contraprestação apresentada no dispositivo da Constituição Federal é “ser” ou melhor dizendo “prestar” assistência social.

Ives Gandra da Silva Martins, a respeito do tema, se pronuncia da seguinte forma:

(...) à luz do direito positivo, portanto, instituição de assistência social é toda organização de pessoas, sem fins lucrativos, criadas com a finalidade de, ao lado do Estado, prestar assistência aos necessitados, em atendimento aos seus objetivos sociais, (com atuação em geral nas áreas da saúde, educação e assistencial aos menos favorecidos), que atenda ao interesse público, suprimindo ou complementando atividades próprias do

16 TORRES, Heleno in _____ COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, p.1771 - 1772, Saraiva, 2018.

Estado. Pode ser aberta à comunidade ou a um número restrito de pessoas, desde que seus resultados financeiros sejam totalmente revertidos aos fins institucionais, de modo a realizar finalidades públicas, ou seja, em benefício comum ⁽¹⁷⁾.

Assim, de forma direta, uma entidade beneficente de assistência social é aquela que se dedica a uma das atividades descritas no artigo 203 da Constituição Federal, que não tenha fins lucrativos e que preencha os requisitos constantes do art. 14 do Código Tributário Nacional e só.

A entidade não precisa ser miserável, não precisa prestar apenas assistência gratuita à população, não precisa viver de doações ou ter parceria com o poder público. A Constituição Federal apenas impõe que seja de assistência social, que é um requisito material, ou seja, a única interlocução de condicionamento que a Constituição Federal impõe para o gozo da imunidade é “prestar assistência social”, além de impor os requisitos da lei complementar, que serão tratados agora.

a) I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título (Artigo 14 do CTN):

Pois bem, além da Constituição Federal, apenas lei complementar pode dispor sobre imunidade tributária, e isso é claro e consolidado no Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado na análise da adin 2028. Sendo assim, além dos pressupostos consignados na própria Constituição, a entidade também necessita preencher os requisitos da lei complementar, que até o presente momento está disposto no artigo 14 do Código Tributário Nacional.

O primeiro requisito apresentado no artigo 14 do Código Tributário Nacional dispõe sobre a não distribuição de parcela de suas rendas a qualquer título. Em palavras mais simples, a lei complementar proíbe a distribuição de lucros da entidade a seus sócios ou associados.

Esse talvez seja o requisito mais importante para se discutir, pois há confusão por boa parte dos operadores do direito com a terminologia empregada no dispositivo. Há confusão no sentido de impor à entidade um caráter de miserabilidade ou de viver de doações, como se fossem proibidos a lucratividade ou o superávit. Mas não é isso que a lei diz.

17 MARTINS, Ives Gandra. Parecer Consultivo. “ - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR E ORDINÁRIA” Disponível em < <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/PA00447>>.

O requisito primeiro do artigo 14 do CTN não proíbe a lucratividade, não proíbe a arrecadação de valores por outras fontes, não proíbe a participação da entidade em outros investimentos ou que ela capte recursos com outras atividades (aluguel de estacionamento, bingos, investimentos, compra de ações, participação societária). A única coisa vedada é a distribuição de lucros entre os membros da entidade, devendo todo o valor superavitário ser empregado nas próprias atividades da entidade.

A questão não é a capacidade econômica da entidade, não é quanto ela ganha com as atividades, mas sim o que ela faz com o dinheiro. Se ela distribui o valor superavitário entre os associados ela não pode gozar da imunidade tributária. Por outro lado, se ela utiliza deste valor para reinvestir em suas atividades de assistência social, então, independente de quanto é este valor de superávit, ela terá gozo da imunidade tributária.

Não é, portanto, a ausência de capacidade contributiva, o que justifica a aplicação da imunidade pessoal em questão. O que prevalece como fundamento é o cumprimento das finalidades essenciais e a reversão de todo o lucro em desfavor destas. Em muitos casos, teremos entidades expressivamente lucrativas, logo, dotadas de capacidade econômica para suportar os impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda e os serviços, mas, por estarem atendidos os requisitos de não distribuição de lucros e do reinvestimento obrigatório, restam integralmente garantidas pela imunidade ⁽¹⁸⁾.

Se uma determinada entidade investe em imóveis, em valores mobiliários, em bolsa de valores, ações, VGBL, previdência, tesouro direto, ou qualquer outro meio para obter lucratividade, isso pouco importa para o gozo da imunidade, o que realmente importa é a ausência de distribuição de lucros entre os sócios ou associados e só.

Assim, um hospital pode ter seu plano de saúde, pode alugar seu estacionamento, ceder seus locais para eventos, tudo com intuito de obter valores para se sustentar, desde que esses valores sejam reinvestidos na própria entidade e na sua manutenção e não distribuídos aos associados ou sócios.

Também há que se fazer uma consideração e diferenciação que distribuição de lucros não se confunde com pagamento de salários a membros da administração efetiva da entidade, são naturezas jurídicas completamente distintas, a de sócio que recebe dividendos e a de administrador que recebe salário.

18 TORRES, Heleno in _____ COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, p.1769, Saraiva, 2018.

O artigo 14 veda a distribuição de lucros em razão da função desempenhada por cada diretor, isto é, não é possível ao diretor receber proventos exclusivamente pelo seu cargo. Por outro lado, o diretor ou administrador pode receber valores por fazer parte da execução administrativa da entidade, nos termos do que diz artigo 29, I da própria Lei nº 12.101, ou por outras contraprestações de serviços.

Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os art. 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, exceto no caso de associações assistenciais ou fundações, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações ⁽¹⁹⁾.

Desta forma, um hospital pode pagar salário a um diretor técnico, por exemplo, que é cargo imprescindível para manutenção das suas atividades assistenciais, ou mesmo para um administrador, ou para um diretor executivo, desde que todos atuem efetivamente na administração da entidade, bem como o salário esteja de acordo com o valor médio de mercado.

O que é vedado é um diretor receber salário ou repasse de salário simplesmente por ser diretor ou associado da entidade, sem prestar nenhum serviço ou participar da administração efetiva do hospital.

Importante ressaltar que a doutrina já salientou inúmeras vezes que os diretores de entidade sem fins lucrativos podem receber valores por serviços prestados, fato que não desconsidera a imunidade tributária, conforme leciona Heleno Torres:

Diga-se o mesmo para o pagamento de remuneração aos seus funcionários e diretores pelos serviços prestados, que tampouco constitui empecilho ao gozo e fruição da imunidade tributária. O desenvolvimento de tra-

19 BRASIL. Lei nº 12.101 de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12101.htm>.

balho profissional regular, acompanhado de contraprestação financeira, não se presta, isoladamente, a configurar hipótese justificadora do afastamento da imunidade, sob alegação de distribuição de lucros ou participação nos resultados ou no patrimônio da entidade" (...) apud Roque Carraza "a remuneração dos funcionários e administradores não afasta a imunidade, desde que seja equivalente aos serviços por eles prestados. O que afasta a imunidade é a remuneração exorbitante, que mal consegue esconder a distribuição do patrimônio ou das rendas da entidade" (20).

A doutrina é sólida na possibilidade de diretores prestarem serviços profissionais à entidade imune com recebimento de valores, desde que os serviços tenham efetivamente sido prestados, bem como os valores estejam dentro do parâmetro do mercado, sob pena de ser apenas maquiagem de distribuição de lucros.

O ilustre professor Ives Gandra inclusive menciona que é possível um professor ser diretor e receber por ministrar aulas, sem que isso seja óbice para o gozo da imunidade tributária:

O Professor que ministra aulas ou exerce cargos de chefia e administração na entidade pode e deve ser remunerado pelo exercício de sua profissão, sem descaracterizar a entidade da sua condição de "entidade imune", e isto ocorre, mesmo que, cumulativamente, faça parte da diretoria da entidade, ou exerça funções estatutárias, nada recebendo a este título. E nem poderia ser de forma diversa, em respeito à garantia constitucional de exercício de trabalho ou profissão inserta entre as garantias individuais arroladas pelo art. 5º, inciso XIII, da CF/88, que estabelece: "XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer." A única exigência, portanto, é de que haja qualificação profissional para o exercício do cargo, regulamentada de acordo com a lei, em cada ofício ou profissão (21).

Portanto, deve-se superar essas duas formas de pensar ultrapassadas quanto à entidade assistencial. Primeiro, é possível a entidade que presta assistência social obter lucratividade, ser superavitária e investir seus valores para obtenção de renda, seja pelas múltiplas formas de investimentos existentes, desde que o retorno do valor superavitário seja reinvestido nas atividades da entidade, sem qualquer distribuição de lucros aos sócios ou associados. Segundo, que é possível administrador ou dire-

20 TORRES, Heleno in_COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, p.1772, Saraiva, 2018

21 MARTINS, Ives Gandra da Silva e RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **"IMUNIDADES DE ENTIDADES RELIGIOSAS E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, SEM FINS LUCRATIVOS - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR E ORDINÁRIA"**. Disponível em <<http://www.gandramartins.adv.br/pa-recer/detalhe/id/PA00447>>.

tor executivo receber salário, desde que participe ativamente das atividades da entidade e o salário esteja de acordo com aquele praticado no mercado para o cargo.

b) II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais (Artigo 14 do CTN):

O terceiro requisito diz respeito à aplicação dos recursos integralmente no Brasil, bem como nos objetivos institucionais. Não há muito segredo e nem divergência quanto a esse requisito, posto que é autoexplicativo.

A entidade pode participar de diversas atividades econômicas para conseguir ser superavitária, desde que essas atividades econômicas sejam desenvolvidas no país e aplicadas nos objetivos institucionais da própria entidade. Inclusive, é possível o investimento financeiro em bancos, corretoras de ações e afins, sem que isso impeça o gozo da imunidade. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido:

Nesse sentido: RE 183.216-AgR-ED (rel. min. Marco Aurélio, DJ de 02.06.2000); RE 232.080-AgR (rel. min. Nelson Jobim, DJ de 31.10.2001); RE 230.281-AgR (rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 01.08.2003) e RE 424.507-AgR (rel. min. Carlos Velloso, DJ de 22.10.2004) ⁽²²⁾.

Há apenas que se ter cautela para verificar qual a sede do banco ou da corretora de ações que se está adquirindo fundos ou mesmo se as ações ou fundos comprados são de empresas com atividades no país, tendo em vista que, investir em ações internacionais ou fundos internacionais sem qualquer atividade no Brasil pode ser uma forma de abrir precedente para discutir o cumprimento do presente requisito da imunidade tributária.

C) III - MANTEREM ESCRITURAÇÃO DE SUAS RECEITAS E DESPESAS EM LIVROS REVESTIDOS DE FORMALIDADES CAPAZES DE ASSEGURAR SUA EXATIDÃO:

Por final, tem como requisito o gozo da imunidade a manutenção das escriturações das receitas e despesas de acordo com as formalidades e a expressão com exatidão da saúde financeira e contábil da entidade.

22 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>.

Também é um pressuposto autoexplicativo e com poucas considerações a serem feitas. Basta que a entidade tenha a escrituração das suas receitas e despesas para que seja possível verificar com eficiência os locais para onde os valores superavitários foram investidos.

Importante ressaltar que não apenas para a imunidade tributária, mas até mesmo para fiscalização do tribunal de contas e de outros órgãos fiscalizadores das fazendas federais, estaduais e municipais, deve-se manter a escrituração contábil detalhada e correta, de acordo com as normas estabelecidas para a contabilidade brasileira.

São apenas esses os pressupostos para a imunidade tributária estabelecida pela Constituição Federal, qualquer outro pressuposto criado por instrução normativa ou lei ordinária não pode impor a desconsideração da imunidade tributária.

3. DA RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA:

Como a decisão do Supremo Tribunal Federal fora proferida em controle concentrado que inclusive fora transformada em ADPF, os efeitos desta decisão são vinculantes ao judiciário e à administração pública e, caso não seja cumprida, é possível o ingresso de reclamação no Supremo Tribunal Federal após encerradas as vias administrativas e/ou judicial.

A emenda constitucional 45 de 2004 criou o dispositivo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal ⁽²³⁾, que por sua vez possibilitou o ingresso de reclamação em face de ato administrativo que seja contrário à autoridade vinculante do Supremo Tribunal Federal:

A atribuição de efeito vinculante à decisão cautelar proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental e admissibilidade, em caso de descumprimento desse ato decisório, do acesso à via da reclamação – é perfilhada por eminentes doutrinadores (Nelson Nery Junior/Rosa Maria de Andrade Nery, **Constituição Federal** Comentada e Legislação Constitucional, p. 586/587, 2006, RT; Olavo Alves Ferreira, Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos, p. 130/132, item n. 5.5.1.3, 2003, Método, v. G.)⁽²⁴⁾(Rcl 5.512-MC) ⁽²⁴⁾.

E ainda:

23 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

24 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>.

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua (Rcl 1987, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02152-01 PP-00052) (25).

Claramente a decisão em controle concentrado, especialmente em ADPF, tem efeito vinculante, ainda que a decisão proferida seja cautelar, conforme orientação do próprio Supremo Tribunal Federal. Além disso, a doutrina também dispõe:

Conforme demonstramos, o efeito vinculante, apto a atingir a Administração Pública, os particulares, por meio da locução eficácia para todos, e os demais tribunais, pode apenas ser concebido no processo objetivo de controle de constitucionalidade. A outra forma de expansão do efeito vinculante é mediante a promulgação de súmulas vinculantes. (26).

A redação dada dispõe a vinculação não apenas ao judiciário, mas à própria administração pública, conforme verifica-se pelo parágrafo único, do art. 28, da Lei n. 9.868/99 “*e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*” e ao § 2º, do art. 102, da Constituição “*e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*” (27).

Ementa: reclamação – alegação de desrespeito à autoridade do julgamento plenário da ADPF130/DF – eficácia vinculante dessa decisão do Supremo Tribunal Federal – possibilidade de controle, mediante reclamação, de atos que tenham transgredido tal julgamento – legitimidade ativa de terceiros que não intervieram no processo de fiscalização normativa abstrata – liberdade de expressão – veículos impressos (livros, jornais, periódicos), serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (tv) ou mesmo ambientes virtuais (“internet”) – proteção constitucional – direito de informar: prerrogativa fundamental que se compreende na

25 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>.

26 ABBoud, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, p. 503, 2018

27 BRASIL. **Lei n. 9.868 de 1999**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm.

liberdade constitucional de manifestação do pensamento e de comunicação – inadmissibilidade de censura estatal, inclusive daquela imposta pelo poder judiciário, à liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de informação jornalística – tema efetivamente versado na ADPF/130/DF, cujo julgamento foi invocado, de modo inteiramente pertinente, como parâmetro de confronto – recurso de agravo improvido. (Rcl 19548 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 14-12-2015 PUBLIC 15-12-2015) ⁽²⁸⁾.

Assim, vale observar que a desobediência à decisão do STF autoriza o uso da reclamação (CF/88, art. 102, I), cujo efeito será a cassação da decisão da administração pública ou do próprio judiciário. Essa medida poderá ser intentada por qualquer pessoa que tenha sido atingida na sua esfera jurídica por decisões de magistrados, tribunais ou da administração pública que são contrárias à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Como a Adin 2028 ainda não transitou em julgado e está aguardando apenas apreciação de embargos declaratórios, ainda não houve reclamação constitucional para dar efetividade à sua decisão. Contudo, os relatores vislumbram que pode surgir um conflito futuro, sobre os limites da reclamação constitucional.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal, na contramão de outras cortes constitucionais, não adota o efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão proferida em controle concentrado, mas apenas efetivo vinculante ao dispositivo desta decisão. Para melhor aclarar a situação é preciso imaginar a decisão de controle concentrado com três divisões: a) o relatório, b) os motivos determinantes ou fundamentos da decisão, c) o dispositivo da decisão.

O relatório da decisão é o resumo explicativo realizado pelo ministro, onde delimita-se o objeto litigioso, bem como os limites da análise da corte. Este a corte entende que não há efeito vinculante, ou seja, não é possível interpor uma reclamação com base num trecho do relatório do acórdão da Adin 2028.

Os fundamentos da decisão ou mesmo motivos determinantes da decisão, normalmente são o trecho maior do acórdão, onde se encontra a *ratio decidendi*, ou seja, as razões que levaram a corte a decidir de um de-

28 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>.

terminado modo. A essa parte o Supremo Tribunal Federal também não está reconhecendo o efeito vinculante, mesmo sendo uma praxe de diversas cortes constitucionais no mundo. O Supremo Tribunal Federal entende que não se aplica a teoria denominada “transcendência dos motivos determinantes”, isto é, não se vincula a *ratio decidendi*, não podendo a reclamação ser interposta apenas com fundamentos em trechos extraídos da fundamentação do acórdão.

Por final, tem-se que o dispositivo é o trecho final do acórdão “ante todo o exposto declaro inconstitucional...”, ou seja, é a conclusão do acórdão, após analisar o relatório e os fundamentos ou motivos determinantes da decisão. Esse trecho, sim, o Supremo Tribunal Federal aceita que tenha efeito vinculante e, portanto, a reclamação pode ser fundamentada em trecho do dispositivo.

Pode surgir a discussão futura de qual é o dispositivo da Adin 2028, ou seja, qual é a parte vinculante do acórdão: se apenas as inconstitucionalidades de alguns dispositivos infraconstitucionais ou se a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal: “os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”.

Os redatores desse artigo, após minuciosa análise da Adin 2028 e todas as aglutinações, têm a posição veemente que o dispositivo do acórdão não se dispôs apenas julgar um ou outro artigo de lei inconstitucional, mas estabelecer verdadeira tese jurídica no sentido de que “os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”. Assim, o respectivo trecho não se trata de mero motivo determinante, mas trata-se da conclusão do acórdão, sendo, portanto, vinculante à administração pública e ao judiciário.

A Adin 2028 não é apenas ela, pois há diversas aglutinações, por se tratar de matéria deveras controversa, abarcando de forma geral a imunidade tributária e seus requisitos constitucionais e legais. Adin 2028 também é Adin 2036, 2228 e 2621, bem como uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e um Recurso Extraordinário de Repercussão Geral. Ou seja, a Adin 2028 deixou de ter em seu dispositivo apenas a Lei 9.732 de 1998 e 8.212 de 1991, para se tornar verdadeiramente uma tese jurídica consolidada com o seguinte teor “os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”, ou seja, sobre a disposição geral da imunidade tributária e seus requisitos.

Assim, invocar o trecho acima não é invocar os motivos determinantes da decisão, mas sim a própria conclusão do acórdão, ou seja, o próprio dispositivo com efeito vinculante do acórdão. Soma-se a isso que a Adin 2028 além de ser considerada verdadeira ADPF, fora aglutinada ao Recurso Extraordinário nº 566.622 com repercussão geral, reconhecendo amplamente que a conclusão do RExt é *“os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”*.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 32 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Reajustou o voto o Ministro Ricardo Lewandowski, para acompanhar o Relator. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese de repercussão geral: *“Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”*. Não votou o Ministro Edson Fachin por suceder o Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux, que proferiu voto em assentada anterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.02.2017 ⁽²⁹⁾.

Além disso, como dito anteriormente, a aglutinação das Adins tornou-se uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, fazendo com que a decisão em controle concentrado se torne uma verdadeira tese jurídica e não mero instrumento para declarar este ou aquele dispositivo inconstitucional.

O Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta como arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. No mérito, por unanimidade e nos termos do voto Ministro Teori Zavascki, o Tribunal julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.732/1998, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei 8.212/1991 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 7º da Lei 9.732/1998. Aditou seu voto o Ministro Marco Aurélio, para, vencido na preliminar de conversão da ação direta em arguição de descumprimento de preceito fundamental, assentar a inconstitucionalidade formal do arts. 55, inciso III, da Lei 8.212/1991, na redação conferida pelo art. 1º da Lei 9.732/1998. Redigirá o acórdão a Ministra Rosa Weber ⁽³⁰⁾.

A ADPF tem abrangência superior à Adin, isto é, seu objetivo além de declarar leis ou atos normativos inconstitucionais, é criar verdadei-

29 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 566.622**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565291> >.

30 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Adin 2028**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1768733> >.

ra tese jurídica para estabilizar o ordenamento jurídico de acordo com a Constituição Federal. A ADPF verifica um preceito fundamental, o interpreta e depois extingue os atos públicos violadores deste preceito fundamental. Sendo assim, o provimento da ADPF não impõe apenas a sua procedência para declarar lei ou ato normativo inconstitucional, mas a vinculação de uma verdadeira tese:

Certo é que, na ADPF, conforme dicção normativa, o STF pode fixar na decisão não só o provimento ad ADPF, mas o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental presente da Constituição. Além disso, o provimento da ADPF terá execução (cumprimento) imediata, ainda que a ação não tenha transitado em julgado ⁽³¹⁾.

Desta forma, quando a Adin 2028 se aglutinou às outras Adins e ao Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, tornou-se verdadeira ADPF, inclusive com reconhecimento do Supremo Tribunal Federal, e com isso o trecho “os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar” tornou-se, consequentemente, parte dispositiva do acórdão, com efeito vinculante e com a possibilidade de ingresso de reclamação constitucional com base nesse trecho.

Portanto, respeitadas as posições contrárias, os redatores do artigo entendem que, além das vias ordinárias como mandado de segurança, ação ordinária e recursos de praxe, é possível o ingresso com reclamação no Supremo Tribunal Federal para dar efetividade à dicção daquele acórdão: “os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar” e casar decisões administrativas ou judiciais que violam essa decisão.

4. CONCLUSÃO

São três conclusões extraídas deste artigo. Primeira, a Adin 2028 é um marco na interpretação da imunidade tributária e é um avanço na consolidação de requisitos para o gozo da imunidade tributária, gerando verdadeira segurança jurídica ao tema. Segunda, os requisitos para o gozo da imunidade tributária devem ser apenas os previstos na Constituição Federal e em lei complementar, não podendo qualquer outro dispositivo (lei ordinária, instrução normativa etc) apresentar outros requisitos para o gozo da imunidade tributária. Terceira, a dicção de que “os requisi-

31 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1558, 2018.

tos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar” faz parte do dispositivo do acórdão e não dos motivos determinantes, isto é, o respectivo trecho tem efeito vinculante e com isso é possível reclamação constitucional com sua base.

1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, p. 503, 2018.
- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 - ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro, PFLUG, Samantha Meyer in____SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional: a interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais**. 1ª edição, Malheiros editores: São Paulo, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª edição, Malheiros editores, São Paulo, 2012.
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- BRASIL. **Lei nº 8.742 de 1993**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>.
- BRASIL. **Lei nº 9.868 de 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>.
- BRASIL. **Lei nº 12.101 de 2009**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12101.htm>.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Adin 2028**. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1768733>>.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 566.622**. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565291>>.

- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. “(Rcl 19548 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, RE 183.216-AgR-ED (rel. min. Marco Aurélio, DJ de 02.06.2000); RE 232.080-AgR (rel. min. Nelson Jobim, DJ de 31.10.2001); RE 230.281-AgR (rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 01.08.2003) e RE 424.507-AgR (rel. min. Carlos Velloso, DJ de 22.10.2004).
- BRASIL. **Terra – revista e portal de notícias online**. Disponível em <<https://www.terra.com.br/noticias/dino/pesquisa-mostra-que-contrapartida-das-filantropicas-e-maior-do-que-imunidade-tributaria-destinada-ao-setor,d257ef70f328b3a3bb8d0c-14c956f534utxm0dcg.html>>.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: editorajusPODIVM, 2010.
- Estúdio ABC. **Por que os custos com saúde só aumentam?** Revista exame: tecnologia. Disponível em < <https://exame.abril.com.br/tecnologia/por-que-os-custos-com-saude-so-aumentam/>.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1558, 2018.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/27/edicao-1/controlado-concentrado-de-constitucionalidade-no-brasil>>.
- LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. 3 Ed. Niterói: Impe-tus, 2014.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **“IMUNIDADES DE ENTIDADES RELIGIOSAS E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, SEM FINS LUCRATIVOS - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR E ORDINÁRIA”**. Disponível em <<http://www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/PA00447>>).
- MARTINS, Ives Gandra. **Parecer Consultivo. “ - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR E ORDINÁRIA”** Disponível em < <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/PA00447>>.
- MEDEIROS, Rui. **A decisão de Inconstitucionalidade**. Ed de 1999 – Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ªed. São Paulo: Malheiros, 2013
- TORRES, Heleno in _____ **COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL**, p.1771, Saraiva, 2018.





A RECUSA À TRANSFUSÃO SANGUÍNEA NO CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA VERSO DIREITO À VIDA

THE REFUSAL OF BLOOD TRANSFUSION IN THE CASE OF JEHOVAH'S WITNESSES: THE RIGHT TO RELIGIOUS LIBERTY VERUS THE RIGHT TO LIFE

FABIANA CAMPOS FRANCO

Doutora, Jornalista, Docente Faesa e Fabra

JOHN LENNON FERNANDO DE JESUS

Bacharel em Direito

SÁTINA PRISCILA MARCONDES PIMENTA

Mestre, advogada, psicóloga, docente na Multivix e Estácio de Sá

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Testemunhas de Jeová: breve relato histórico 2.1 A recusa à transfusão sanguínea. 3. Alternativas à transfusão sanguínea. 4. Direitos fundamentais em conflito. 4.1 Direito à liberdade religiosa. 4.2. Direito à vida 5. Liberdade do paciente vs. dever de agir do médico – código de ética médico. 6. Entendimento do STF. 7. Metodologia. 7.1 Limitação coleta de dados. 8 Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo é um estudo da arte com revisão bibliográfica de cunho qualitativo que analisa a recusa das Testemunhas de Jeová ao recebimento de transfusão sanguínea, tendo em vista seus dogmas religiosos. Indica se há garantia judicial quanto à utilização de transfusão sanguínea para que esses pacientes possam também ser atendidos por profissionais da saúde sem que seja violada a sua dignidade. A pesquisa foi realizada em doutrinas, jurisprudências, artigos científicos e a bíblia, e pela aplicação de um questionário aberto e semiestruturado que apurou a opinião das Testemunhas de Jeová e dos agentes da saúde sobre o assunto abordado. O artigo analisa os direitos fundamentais denominados: liberdade religiosa e direito à vida, direitos fundamentais protegidos por nossa Constituição Federal de 1988.

PALAVRA-CHAVE: Dignidade. Religião. Liberdade. Direito. Fundamental.

SUMMARY: The article is an art study with a qualitative bibliographical review that analyzes the refusal of Jehovah's Witnesses to receive a blood transfusion because of their religious dogmas. It indicates if there is a judicial guarantee regarding the use of blood transfusion so that health professionals can also attend these patients without violating their dignity. The research was conducted in doctrines, jurisprudence, scientific articles and the Bible, and by the application of an open and semi-structured questionnaire that verified the opinion of Jehovah's Witnesses and of the health agents on the subject addressed. The article analyzes the fundamental rights denominated: religious freedom and right to life, fundamental rights protected by our Federal Constitution of 1988.

KEYWORD: Dignity. Religion. Freedom. Right. Fundamental.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a recusa dos praticantes da organização denominada Testemunhas de Jeová em receber transfusões de sangue, atitude que gera enorme conflito entre o Estado, como protetor da vida, e o paciente, como ser livre. Cortês (2001) afirma que os praticantes dessa organização são proibidos de receber transfusão sanguínea, tendo como base exortações bíblicas.

De início aborda-se sobre a história dessa organização religiosa e os motivos que os levaram a se recusar a receber transfusão sanguínea. São analisados tratamentos alternativos que vêm sendo utilizados pela medicina em substituição ao uso da transfusão sanguínea, os quais, na maioria dos casos, é permitido o uso pela organização Testemunhas de Jeová, métodos esses que aparentam ser mais baratos e também eficazes, além de trazerem um menor risco de contaminação ao paciente.

Aborda-se através da apresentação de jurisprudências e pareceres, o choque que essa recusa causa em relação a dois direitos fundamentais, direitos esses protegidos pela nossa Constituição Federal de 1988, expressos em seu art. 5º, que são eles: direito à vida e o direito à liberdade religiosa.

Para a apresentação do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas de cunho qualitativo, para elucidar o que a doutrina e a jurisprudência dizem sobre o tema e o que nossos tribunais vêm decidindo, utilizando-se do princípio da dignidade da pessoa humana, além da concepção dos envolvidos com o tema a partir de questionário.

2. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: BREVE RELATO HISTÓRICO

O site JW.org (2017), página oficial na internet das Testemunhas de Jeová no Brasil, relata um pouco da história dessa organização que surgiu através de um pequeno grupo de estudantes que se reunia para analisar a Bíblia de uma forma não tendenciosa próxima à cidade de Pittsburgh, Pensilvânia, Estados Unidos. Eles analisavam se a doutrina passada pela igreja era exatamente aquilo que a Bíblia descrevia. Com isso, eles publicavam suas interpretações em livros, jornais e em uma revista criada pelo grupo de estudantes, que hoje é conhecida como A Sentinela Anunciando o Reino de Jeová.

Ainda, segundo o sitio eletrônico (2017), Charles Taze Russel foi o primeiro editor da revista A Sentinela e um importante membro da religião, porém, não é considerado fundador das Testemunhas de Jeová, visto que para ele e os demais membros, Jesus Cristo é o único fundador do cristianismo e que os ideais deles era somente divulgar os ensinamentos de Jesus Cristo e buscar ser como os cristãos do passado.

Sobre a transfusão de sangue, as Testemunhas de Jeová são bastante radicais. Dão muito valor a uma vida saudável e sempre buscam um bom tratamento médico, é o que relata Tereza Rodrigues Vieira:

As Testemunhas de Jeová dão valor à vida, ao contrário do que possam afirmar os não adeptos, procuram bons tratamentos médicos e cirúrgicos, mas consideram repulsiva à sua consciência a utilização do sangue (VIEIRA, 2003, p. 223).

Ainda, segundo informações do sítio eletrônico da denominação (acesso em 06 de nov.2017), a organização Testemunha de Jeová possui mais de oito milhões de fiéis em mais de 240 países e mais de 119 mil congregações.

2.1 A RECUSA À TRANSFUSÃO SANGUÍNEA

Sobre a discussão tema desse trabalho, buscamos esclarecimentos em algumas passagens da bíblia, livro base do cristianismo e das Testemunhas de Jeová, que demonstram em seu conteúdo, textos que segundo interpretação da denominação, fundamentam a recusa à transfusão de sangue, como descreve Levítico 17: 10-14

E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo. Porque a vida da carne está no sangue; pelo que vo-lo tenho dado sobre o altar, para fazer expiação pelas vossas almas; porquanto é o sangue que fará expiação pela alma. Portanto tenho dito aos filhos de Israel: Nenhum dentre vós comerá sangue, nem o estrangeiro, que peregrine entre vós, comerá sangue. Também qualquer homem dos filhos de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que caçar animal ou ave que se come, derramará o seu sangue, e o cobrirá com pó; porquanto a vida de toda a carne é o sangue; por isso tenho dito aos filhos de Israel. Não comerei o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado. (BÍBLIA ONLINE, acesso em 28 de mar.2017).

Segundo a JW.org (2015), citado por Alvim e Tomaz (acesso em 25

de set.2017), na interpretação das Testemunhas de Jeová dos livros de Gênesis 9:4, Levíticos 7:14 e Atos 15:20, os membros e seus familiares também praticantes dessa religião, não podem se submeter a nenhum tratamento cirúrgico que envolva transfusão sanguínea. O autor ressalta que 'testemunhas de Jeová batizada' que seja submetida a uma transfusão sanguínea e não se arrepende é acusada de violar o 'código de moral da Bíblia' e se não houver um arrependimento por parte do membro, este será desassociado, ou evitado pelos demais membros da religião, isso segundo eles é o que descreve o livro Coríntios 5:13.

Ainda, conforme Soares (2008) citado por Azambuja e Garrafa (2010 p. 706), Nathan Homer Knorr foi o grande idealizador em proibir a transfusão de sangue, as vacinas e os transplantes de órgãos entre as Testemunhas de Jeová. A determinação era somente em relação a comer carne com sangue, conforme escrito na Bíblia, porém, em 1º de dezembro de 1944, a proibição foi estendida a transplantes de órgãos e tecidos e vacinas.

Segundo Chehaibar (2010, p. 19), a recusa à transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová abrange muito mais que um dogma religioso, pois segundo a autora, na doutrina da organização é defendida em três aspectos: religiosa, onde a base é nas passagens bíblicas; do ponto ético-legal (bioético), onde a liberdade, consciência e autonomia do paciente devem ser respeitadas; e do ponto científico, que demonstra o risco à saúde que uma transfusão sanguínea pode trazer ao paciente e que existem alternativas à transfusão.

Em reportagem realizada pelo programa Hoje em Dia da TV Globo e reproduzida por Fernanda da Escóssia no site globo.com, foram abordados casos pertinentes ao estudo. Um deles é o do senhor Armando Wolff, membro das Testemunhas de Jeová, internado em estado grave em uma clínica no Rio de Janeiro, onde segundo os médicos, devido ao seu grave estado de saúde, era necessário uma transfusão de sangue urgente, que foi impedida pelo familiar que o acompanhava (ESCÓSSIA, 2015).

O hospital orientou o filho do paciente a autorizar transfusão de sangue, sem sucesso. Não havendo alternativa, o hospital ingressou com uma ação na justiça que, autorizou que a transfusão fosse realizada, Armando Wolff faleceu dias após o procedimento. Seu filho ingressou com uma ação alegando desrespeito à vontade do paciente e, com isso, cobra reforço no ensino de medidas alternativas à transfusão de sangue (ESCÓSSIA, 2015).

Outro caso citado na reportagem, foi de uma criança de 9 anos chamada Luana Manske com quadro de leucemia linfóide aguda, necessitando de transfusão sanguínea, seus pais, fiéis da organização testemunhas de Jeová, não assinaram a autorização para a transfusão, abaixo seguem alguns trechos da reportagem:

Aos 9 anos, Luana Manske foi internada em 2014 no Cias, hospital da Unimed em Vitória, para se tratar de leucemia linfóide aguda. Seus pais, testemunhas de Jeová, não assinaram a autorização para a transfusão de sangue, e a Unimed entrou na Justiça. “Como a menina era menor de idade, a Justiça autorizou sem dificuldades”, lembra o advogado da Unimed Vitória, Marcelo Devens.(...)O pai de Luana, o empresário Evanildo Manske, disse que conversou com os médicos sobre os impedimentos que sua religião impõe. Segundo ele, os médicos utilizaram no tratamento hemoderivados fracionados do sangue, ou seja, pequenas quantidades de elementos do sangue. Este tipo de procedimento é considerado pelas testemunhas de Jeová como “uma questão de consciência”, ou seja, o fiel decide se quer ou não aceitar. Para salvar a filha, ele aceitou. (...) Os médicos me garantiram que não foi transfusão. Não aceitaria pertencer a uma religião que teria que deixar um filho morrer para agradar a um ser num universo que a gente nunca viu. Não sou um fanático. Quem é pai sabe, afirma. (...) Luana, aos 10 anos, está quase concluindo o tratamento. Seus pais criaram uma página no Facebook para que amigos possam acompanhar sua recuperação. A família segue como testemunha de Jeová e Luana foi batizada na religião. No ano que vem voltará para a escola. (ESCÓSSIA, 2015)

O que podemos perceber neste capítulo é uma forte influência na interpretação bíblica nas decisões tomadas pelas Testemunhas de Jeová em não receber transfusão sanguínea. A forma como essa organização interpreta as escrituras é totalmente diferente da forma interpretada por outras denominações que têm a bíblia como seu livro de fé e prática, onde se permite o uso de transfusão e até mesmo a doação de sangue, porém, conforme demonstrado na reportagem acima, as Testemunhas de Jeová aceitam tratamentos alternativos.

3. ALTERNATIVAS À TRANSFUSÃO SANGUÍNEA

Segundo artigo publicado no jornal Brazilian Journal of Cardiovascular Surgery, “o sangue alogênico (sangue doado) é um recurso terapêutico esgotável” (SANTOS; *et al.* 2017).

Segundo o artigo publicado:

Desde o século XIX, o sangue alogênico tem sido utilizado em frequência e intensidade crescente em todo mundo. A taxa de transfusão de hemocomponentes em cirurgia de revascularização miocárdica (CRM) chega a 92,8% para glóbulos vermelhos, 97,5% para plasma fresco congelado e 90,4% para infusão de plaquetas. Atualmente, verifica-se uma redução mundial das doações de sangue, resultando em bancos de sangue com estoques reduzidos. Em nosso meio, esta situação é real e a tendência é piorar, pois a demanda de sangue no país não é proporcional as doações, indicando assim a possibilidade no futuro próximo da falta deste recurso terapêutico para se realizar e/ou finalizar cirurgias. Assim, desde 2008, já existe uma preocupação médica sobre o que fazer se o paciente estiver sangrando e não existir sangue disponível para transfundir. (SANTOS; *et al*, acesso em 31 de out. 2017).

Os autores ressaltam que (2017) estudos vêm comprovando o alto risco de mortalidade de pacientes que se submeteram à transfusão sanguínea, verificando que as complicações se deram em decorrência de insuficiência renal, processos infecciosos, tempo de ventilação prolongada, danos neurológicos e que, recentemente, ficou demonstrado que a transfusão de sangue alogênica em pacientes que se submeteram à cirurgia cardíaca causou reações adversas como fibrilação atrial, acidente vascular cerebral, infecções respiratórias, sepse, infarto do miocárdio, além do risco de morte.

Ainda, a pesquisa (2017) destaca métodos eficientes que vêm sendo utilizados tanto em adultos como em crianças, métodos estes que além de serem de baixo custo, produzem efeitos benéficos como menos insuficiência de órgãos e complicações trombóticas, chamado de Hemodiluição Normovolêmica Aguda, a representação abaixo dá uma noção de como este método é realizado.

A Figura 1 (2017) mostra uma representação esquemática de uma Hemodiluição Normovolêmica Aguda. (A) Bolsas de sangue sendo retiradas imediatamente antes do início da cirurgia, juntamente com a infusão de expansor para manter a normovolemia. (B) Bolsas de sangue sendo reinfundidas durante e/ou imediatamente após o término da Cirurgia.

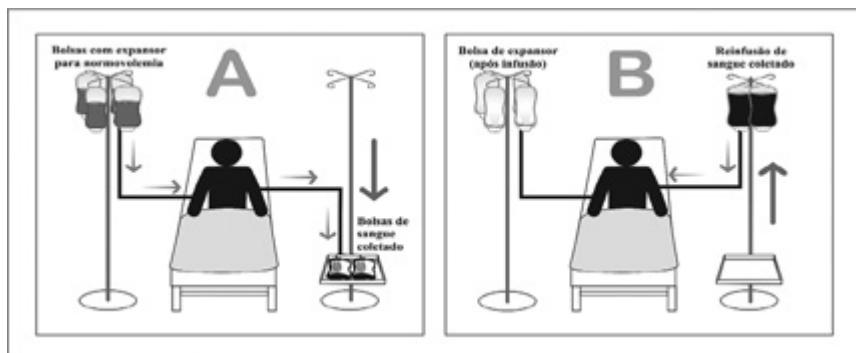


Figura 1 – Representação esquemática de uma hemodiluição normovolêmica

Fonte: (SANTOS *et al*, 2017).

Outro método citado por SANTOS (2017) é a Recuperação Sanguínea Intraoperatória/Auto-Transfusão. Método este utilizado em cirurgias cardiotorácicas, onde a perda de sangue é reduzida totalmente, não havendo a necessidade de transfusão de sangue homólogo, preservando o sangue autólogo (sangue do próprio indivíduo), recomendada para cirurgia cardíaca pediátrica complexa e grave.

A figura 2 mostra uma representação esquemática da recuperação sanguínea intraoperatória – o sangue coletado é misturado com anticoagulante, filtrado, lavado, concentrado e devolvido ao paciente.

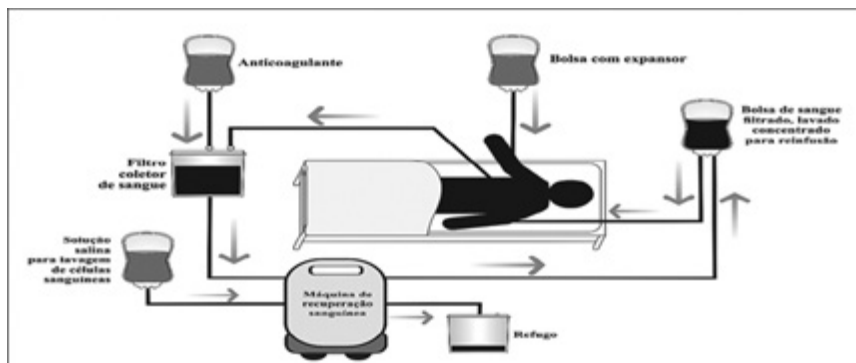


Figura 2 – Representação esquemática da recuperação sanguínea intraoperatória

Fonte: (SANTOS *et al*, 2017).

Vieira (2003, p. 221) ressalta também a existência de outros métodos que a medicina se utiliza e que substituem a transfusão sanguínea como: “cirurgias de coração aberto, obstétricas, ginecológicas e urológicas”.

Ainda, segundo o autor:

Os médicos que fazem destas terapias estão cientes da obrigação da utilização de técnicas de conservação de sangue com o intuito de minimizar a perda do sangue, tornando desnecessária a reposição com sangue alogênico. (...) As vantagens do seu uso seriam: a) a eliminação do risco de se contrair doenças transmitidas pelo sangue; b) minimizar a imunodepressão; c) redução recidivas do câncer; g) custo menor; h) evitar processos de indenização etc. (...) No mundo já existem centenas de programas de tratamento sem uso do sangue. No Brasil existem poucos hospitais com tratamento exclusivamente sem sangue. Os Hospitais Paulo Sacramento em Jundiaí e Hospital Panamericano em São Paulo efetuam cirurgias sem utilização de sangue. Em hospitais como Beneficência Portuguesa, Albert Einstein, Incor, Oswaldo Cruz, São Paulo, Sirio Libanês etcv [...]. (VIEIRA, 2003, p. 224)

Cláudia Alves Pratas também afirma que existem outras formas de substituir a transfusão sanguínea, inclusive mais baratas e que trazem menos riscos de doenças transmitidas pela transfusão:

[...] Diversos líquidos que não contêm sangue constituem eficazes expansores do volume do plasma. O mais simples de todos é a solução salina, que é tanto barata como compatível com o nosso sangue. Existem também líquidos dotados de propriedades especiais, tais como a dextrana, o Haemacel, e a solução de lactato de Ringer. A hidroxietila de amido (HES; amido-hidroxietil) é um mais recente expansor do volume do plasma e pode ser seguramente recomendado para aqueles pacientes [queimados], que objetem a produtos de sangue. Tais líquidos apresentam vantagens definitivas. Soluções cristaloides [tais como a solução salina normal e o lactato de Ringer], o Dextran e o HES são relativamente atóxicos e baratos, prontamente disponíveis, podem ser estocados à temperatura ambiente, não exigem testes de compatibilidade e estão isentos do risco de doenças transmitidas pela transfusão. (PRATAS, 2016, p. 172, apud, SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS, p. 14).

O grande problema enfrentado pelas Testemunhas de Jeová é o embate com o setor da saúde, hospitais que não aceitam realizar tratamentos alternativos que poderiam substituir o método tradicional de transfusão de sangue, o que é totalmente contrário às mudanças históricas que aconteceram na relação entre médico e paciente, que era conhecido como paternalismo médico, que legitimava qualquer intervenção médica pelos

seus próprios critérios, dando lugar ao princípio da autodeterminação da pessoa que nada mais é que autonomia do paciente, é o que ensina Barroso:

Até meados do século XX, as relações entre médicos e pacientes seguiam o que se convencionou chamar de ética hipocrática. Fundada no princípio da beneficência, ela determinava ao médico que assumisse a postura de “protetor do paciente”, justificando-se qualquer medida destinada a restaurar sua saúde ou prolongar sua vida. Esse paradigma, conhecido como paternalismo médico, legitimava a intervenção do profissional por seus próprios critérios, ainda que sem a anuência do paciente ou contra sua vontade. O fim da Segunda Guerra Mundial assinala o começo da superação do paradigma do paternalismo. O marco desse movimento foi o Código de Nuremberg, de 1947, destinado a regular as pesquisas com seres humanos. Fundado no princípio da autodeterminação da pessoa, o Código estabeleceu o consentimento informado com requisito par a validade ética das experiências médicas (...). A partir daí, verificou-se uma profunda alteração nos paradigmas da ética: o paternalismo e a beneficência deram lugar à autonomia do paciente com fundamento da bioética. Nesse ambiente, o paciente deixa de ser um objeto da prática médica e passa a ser sujeito de direitos fundamentais. Tais transformações são impulsionadas pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos as pessoas o direito de realiza autonomamente suas escolhas existenciais. (BARROSO, 2010).

Como se pode observar, a medicina proporciona outras formas que substituem a transfusão sanguínea e, com isso, abre-se a possibilidade das Testemunhas de Jeová de buscar um tratamento alterativo. Infelizmente, na maioria das vezes, a vontade do paciente, de ser tratado por métodos alternativos à transfusão sanguínea, não é respeitada, chegando às vias judiciais para que o determinado tratamento seja feito contra sua vontade, o que mostra total falta de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, protegida por nossa Constituição Federal.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO

Assim como foi analisada a problemática enfrentada entre a vontade do paciente em receber ou não determinado tratamento médico, ou sobre o dever do médico em agir mesmo contra a vontade do paciente caso esse paciente se encontre em risco de morte, passa-se a analisar o choque que essa problemática causa a direitos fundamentais que norteiam nosso ordenamento jurídico que são: direito à liberdade religiosa e o direito à vida.

4.1 DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

O Brasil é um país laico, ou seja, não possui uma religião oficial, porém, nossa Constituição Federal protege todo aquele que queira professar sua fé, independentemente de qual religião o cidadão pratique. Nossa Constituição Federal é bem clara ao mencionar sobre isso em seu art. 5º, inciso VI: (...) é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias. (BRASIL, 1988).

Na mesma linha de pensamento, podemos citar o inciso VIII, do mesmo artigo da Carta Magna (BRASIL, 1988) onde menciona que nenhum cidadão perderá seu direito por motivos de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, salvo se o cidadão se utilizar disso para não cumprir prestação alternativa, fixada em lei, no caso de obrigação legal imposta a todos. “(...) não há verdadeira liberdade de religião se não se reconhece o direito de livremente orientar-se de acordo com as posições religiosas estabelecidas, ou seja, o direito à liberdade religiosa pressupõe a sua livre manifestação”. (CERNUCCHUARIO, 1999 apud LEME, 2005).

No assunto que envolve as Testemunhas de Jeová sobre a recusa em receber transfusão sanguínea por motivos religiosos, o professor Nelson Nery Junior vai dizer que:

Em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto; ela engloba a impossibilidade de o Estado impor condutas aos cidadãos atentatórias a sua dignidade e a sua convicção religiosa. Nessa perspectiva apresenta-se legítima a possibilidade de os praticantes da religião Testemunhas de Jeová de recusarem a realização de qualquer tratamento que envolva transfusão sanguínea. (JUNIOR, p. 9, 2015).

Assim, na concepção do ilustre professor, o Estado não pode mediante decisões judiciais, obrigar pacientes praticantes da denominação Testemunhas de Jeová a passarem por tratamentos médicos que são contrários a suas crenças religiosas, visto que o próprio Estado garante aos mesmos o direito à liberdade de religião. Fazendo isso, o Estado está atentando contra a liberdade religiosa e a dignidade do paciente.

Ainda, Junior (2015, p. 8) ressalta a importância de que em um Estado Democrático de Direito a liberdade de manifestação religiosa não se restringe somente ao momento de culto, mas também ao fato de o Estado não interferir na decisão do paciente Testemunha de Jeová de se recusar a

receber transfusão sanguínea, tendo em vista sua crença religiosa, pois a conduta do Estado deve ser imparcial a ponto de fornecer ao cidadão a liberdade de conduzir sua vida da melhor maneira possível.

Barroso vai dizer que:

(...) não cabe ao Estado avaliar o mérito da convicção religiosa, bastando constatar a sua seriedade. Em outras palavras, o que interessa aqui não é o acerto ou desacerto do dogma sustentado pelas testemunhas de Jeová, mas sim o direito, ostentado por cada um de seus membros, de orientar sua própria vida segundo esse padrão ético ou abandoná-lo a qualquer momento, segundo sua própria convicção. (BARROSO, 2010, p.29).

O fato das Testemunhas de Jeová se recusarem a se submeter a uma transfusão de sangue não se justifica por uma crença que essas pessoas serão curados pela fé, mas sim, por convicções religiosas que eles acreditam ser o correto e, com essa convicção, esses cidadãos não podem ser perseguidos ou privados de direitos pelo Estado, pois a Constituição Federal assegura esse direito a todos.

4.2 DIREITO À VIDA

Outro direito fundamental que podemos citar é o direito à vida, direito esse, também protegido por nossa Constituição da República, expressa no caput do artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) (BRASIL, 1998).

Alguns doutrinadores e até mesmo a maioria das decisões proferidas por nossos tribunais são baseados na ideia de que o direito à vida é considerado como o mais fundamental de todos os direitos, prevalecendo sobre o direito de liberdade religiosa, tendo como justificativa que, se o indivíduo não possui vida, ele não poderá exercer outros direitos, assim, obrigam pacientes Testemunhas de Jeová a se submeterem compulsoriamente a transfusões sanguíneas (JUNIOR, 2015, p.09). Em uma decisão recente da 4ª Vara Cível do município da Serra, no processo de nº 0020067-47.2017.8.08.0048, foi proferido uma decisão favorável ao Hospital Dr. Jayme dos Santos Neves. Um senhor, membro da Igreja Testemunhas de Jeová foi obrigado a receber transfusão sanguínea, tendo em vista o seu estado de saúde. Segundo o hospital, o paciente deveria se subme-

ter a uma cirurgia, necessitando assim, de uma transfusão de sangue antes do procedimento. Segue um pequeno trecho da decisão da magistrada na qual está demonstrado que o direito à vida se sobrepõe ao direito à crença religiosa:

O direito à vida, porquanto o direito de nascer, crescer e prolongar a sua existência advém do próprio direito natural, inerente aos seres humanos, sendo este, sem sombra de dúvida, primário e antecedente a todos os demais direitos. (...) Com fulcro na fundamentação supra, entendo por presentes os requisitos ensejadores para a concessão da tutela de urgência e autorizo a requerente utilizar o uso de sangue/hemoderivados (transfusão de sangue) durante a cirurgia do requerido, bem como no pós-operatório. (4ª VARA CÍVEL, Ação Ordinária, nº 0020067-47.2017.8.08.0048, Cinthya Coelho Laranja, publicado no DJ de 13/09/2017).

Nota-se que há um embate entre dois direitos fundamentais, porém, segundo Nelson Nery Junior “esse suposto conflito entre dois direitos fundamentais (liberdade religiosa vs. direito à vida) apresenta-se como um falso problema, não havendo na hipótese um autêntico conflito entre o bem jurídico vida e a liberdade religiosa.” (JUNIOR, 2015, p.09).

O autor ainda menciona uma técnica que é utilizada para lidar com esse tipo de embate, é conhecida como técnica de ponderação de princípios, elaborada por Robert Alexy, doutrinador com maior influência, juntamente com Dworkin na temática. Essa técnica é utilizada quando há o embate entre dois direitos fundamentais, na qual são utilizados três princípios fundamentais parciais, o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. (JUNIOR, 2015, p.09-10).

Maia e Carneiro explicam como funciona essa técnica:

(...) consiste, de forma resumida, em fórmula em que se considera o peso de cada princípios diante do caso concreto em que se faz uma ponderação, a fim de descobrir qual princípio deve ser sacrificado. Dentro dessa ponderação, aparecem as máximas da proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade. Todo esse processo é sustentado por uma teoria argumentativa que é proposta pelo autor, a fim de desvelar as reais intenções de intérprete ao definir o peso de cada princípio. (MAIA; CARNEIRO, 2013, p.206)

No entanto, segundo Junior (2015, 2010), a técnica supramencionada só será utilizada quando houver um choque entre direitos fundamentais, “(...) no caso a liberdade religiosa, causar dano ou repercussão negativa no direito fundamental de outrem”.

Para o autor (2015, p.10), quando um paciente Testemunha de Jeová se nega a receber transfusão de sangue, ele está exercendo um direito público subjetivo de liberdade de religião, direito esse que o resguarda de qualquer ato contra sua dignidade humana. Assim, quando o paciente se nega a receber um tratamento que é contrário a seus dogmas religiosos, algo que ele acredita ser o correto, ele está exercendo uma garantia fundamental. Portanto, o cidadão não está prejudicando direito fundamental de outrem e nem colocando em risco qualquer outro direito existente.

Ainda sobre a colisão entre direitos fundamentais, poder-se-ia caracterizar que priorizando o direito à religião, o paciente estaria abrindo mão de sua vida, sendo assim, violando um bem jurídico protegido pelo estado. No entanto, Junior ressalta que:

(...) na realidade isso não se verifica in casu pelo simples motivo de que o indivíduo pertencente a essa religião quando recusa tratamento que envolva a transfusão sanguínea, em nenhum momento recusa-se a se submeter a tratamentos alternativos, ou seja, o testemunha de Jeová não deseja a morte, bem como não acredita na cura pela fé. (JUNIOR, 2015, p. 11)

Assim, é cristalina a inexistência de colisão entre direitos fundamentais (liberdade de religião vs. direito à vida), visto que o paciente Testemunha de Jeová em nenhum momento recusa-se a receber tratamento alternativos, pelo contrário, prioriza uma vida saudável, assim como foi exposto no tópico 3.

Ainda sobre a técnica da teoria da ponderação, método esse adotado na maioria das decisões proferidas por nossos magistrados, o ilustre doutrinador Nelson Nery Junior vai dizer que:

Destarte, não temos receio em afirmar ser ilegítima e inaplicável a invocação da teoria da ponderação de interesses para pretender respaldar decisões judiciais que obrigam praticantes de determinada religião a realizarem a transfusão de sangue. Nesse quadro, a suposta ponderação de interesse entre a vida e a liberdade religiosa apresenta-se como um falso problema. (JUNIOR, 2015, p. 11)

Vale ressaltar que nossos tribunais não interferem em decisões de cidadãos de praticarem esportes radicais como alpinismo, paraquedismo e outros mais que colocam em risco a vida do indivíduo. Nisso, verifica-se que é legítimo a recusa de um paciente Testemunha de Jeová de exercer seu direito de liberdade religiosa, visto que é um direito fundamental

assegurado por nossa Constituição da República, protegendo assim, as escolhas existenciais do cidadão (BARROSO, 2010, p.30).

Portanto, fica demonstrado que o Estado não possui o direito de privar um cidadão de exercer seus direitos fundamentais, sob a justificativa que o direito à vida se sobrepõe sobre o direito à liberdade religiosa, pois foi demonstrada a inaplicabilidade da teoria da ponderação de interesses no caso estudado, assim como, o dever do estado de respeitar o direito à liberdade religiosa e à dignidade do paciente Testemunha de Jeová.

5. LIBERDADE DO PACIENTE X DEVER DE AGIR DO MÉDICO – CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Diante das alternativas que a ciência vem desenvolvendo para que a transfusão sanguínea seja substituída por métodos alternativos, surge uma pergunta: até onde o médico pode intervir na vontade do paciente?

Nossa Constituição (BRASIL, 1988) garante a plena liberdade de escolha ao paciente que não deseja se submeter a tratamentos que o mesmo não queira realizar, isso se dá pelo princípio da autonomia da vontade.

Podemos citar alguns exemplos de autonomia: paciente que decide fumar mesmo sabendo que possui problemas pulmonares ou a mulher que decide engravidar, mesmo sabendo que a gravidez é de risco e que isso pode trazer a morte do bebê e até mesmo a sua. (GODINHO, 2010; BARROSO, 2010, *apud*, TAKASCHIMA et al., 2016).

Para que o médico realize alguma intervenção, é necessário que o paciente ou seu representante legal concorde. Para que isso ocorra, o paciente ou seu representante deverá assinar um termo, para que assim, tenham ciência de todo procedimento que será realizado e, também os seus riscos. Isso é regulamentado pelo artigo 22 do Código de Ética Médica, que estabelece:

É vedado ao médico: deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. (BRASIL, Código de Ética Médica).

No âmbito legal, a vontade do paciente deve ser respeitada, é o que descreve o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira, (BRASIL, 1988) “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

No Brasil, não há norma legal ou constitucional que obrigue o paciente a receber transfusão sanguínea. Porém, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM 1021/80 que regulamenta sobre pacientes que se recusam a receber transfusão de sangue:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1. Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.
2. Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis. (CFM, 1980)

No mesmo sentido, o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro editou a Resolução nº 136/1999 que regulamenta o mesmo assunto:

Art. 1º O médico, ciente formalmente da recusa do paciente em receber transfusão de sangue e/ou seus derivados, deverá recorrer a todos os métodos opcionais de tratamento ao seu alcance.

Art. 3º O médico, ao verificar a existência de risco de morte para o paciente, em qualquer circunstância, deverá fazer uso de todos os meios ao seu alcance para garantir a saúde do mesmo, inclusive a transfusão de sangue e/ou seus derivados, e comunicar, se necessário, à autoridade policial competente sua decisão, caso os recursos usados sejam contrários ao desejo do paciente ou de seus parentes (CRM, 1999).

Segundo o doutrinador Nelson Nery Junior, as resoluções supra-mencionadas são totalmente inconstitucionais, visto que o paciente é submetido a tratamento médico contrário a sua vontade, desrespeitando, assim, sua dignidade, contrariando o art. 1º da Constituição Federal e, também sua liberdade, caput do art. 5º da CF/1988, e no caso em tela, o direito de liberdade religiosa dos praticantes da religião Testemunhas de Jeová, protegida pelo art. 5º, VI, da CF/1988 (JUNIOR, 2015, p. 23).

Cita-se a interpretação do ilustre doutrinador Luis Roberto Barroso sobre a Resolução CFM 1021/80 editada pelo Conselho Federal de Medicina:

(...) Como se vê, o dispositivo estabelece de forma clara a necessidade de consentimento do paciente, ao passo que as exigências indicadas não parecem justificar a imposição de tratamento. O que está dito é que o

médico pode se recusar a conduzir o tratamento na forma desejada pelo paciente – hipótese em que deverá indicar outro médico e velar pela transição segura – e que não poderá prescrever terapia vedada pela lei ou não recomendada pelo conhecimento médico, o que chega a ser intuitivo, não se cogitando de uma suposta prerrogativa do paciente para obrigar o profissional a adotar técnicas heterodoxas ou incompatíveis com seus padrões morais (BARROSO, 2010, p. 37-38).

Consolidando o pensamento dos referidos doutrinadores supra-mencionados, podemos citar o art. 4º, caput e o art. 5º da Portaria 1.820/2009 do Ministério da Saúde, os quais estabelecem que o paciente pode se recusar a passar por tratamentos médicos, desde que não ponha em risco a saúde pública, no caso de uma epidemia, por exemplo:

Art. 4º. Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

(...)

Art. 5º. Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

(...)

V – o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais.

No entender de Barroso (p. 38, 2010), a justificativa para que o médico aja de acordo com o que estabelece a Resolução CFM 1021/80 é a impossibilidade de obter-se consentimento do paciente, tendo em vista seu estado inconsciente, não podendo, assim, manifestar sua vontade personalíssima e uma situação de risco iminente de morte. Lado outro, o paciente não pode ser privado de receber tratamento alternativo, tendo em vista custos do tratamento.

Sobre a Resolução 136/99, do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, Barroso é bem direto ao destacar sua insatisfação sobre a mencionada Resolução, visto que seus conceitos são totalmente contrários à Constituição da República, tendo em vista a utilização da força caso o paciente se recuse a receber transfusão sanguínea:

(...) se é verdade que as disposições do Código de Ética do CFM comportam esse tipo de leitura, o mesmo não se pode dizer da Resolução nº 136/99, do CREMERJ – Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, que trata especificamente da recusa em receber transfusão de sangue e hemoderivados. Esse ato determina que os médicos tentem evitar a necessidade de transfusões, mas prevê a sua realização forçada em caso de risco iminente à vida. (...) verifica-se aqui uma incompatibilidade incontornável com o princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva da autonomia, bem como violações adicionais à liberdade de religião, à igualdade e ao pluralismo (BARROSO, 2010, p. 40).

Assim, como explanado pelos referidos autores, é um erro privar um paciente Testemunha de Jeová de receber tratamentos alternativos.

6. ENTENDIMENTO DO STF

Trazendo esta discussão à luz do que nossos tribunais vêm decidindo sobre a temática, analisa-se como tem sido a repercussão das decisões no âmbito jurídico, visto que são várias as ações tramitando.

No que tange ao caso em tela, decisões proferidas ao longo dos anos por Tribunais de Justiça dos Estados da Federação se posicionavam contrários à recusa das Testemunhas de Jeová ao recebimento de sangue, fazendo com que esses cidadãos fossem submetidos a tratamentos médicos contrários a sua vontade.

No entanto, essa decisão foi superada em uma decisão recente do Egrégio Superior Tribunal Federal, caracterizada como Repercussão Geral, que condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus a arcar com as despesas cirúrgicas de uma Testemunha de Jeová que se recusou a se submeter a um procedimento cirúrgico, pois deveria receber transfusão sanguínea, tendo como justificativa sua convicção religiosa. O Supremo Tribunal Federal determinou que o paciente fosse tratado em um hospital que dispusesse de recursos que não utilizaria transfusão sanguínea, citam-se alguns trechos da decisão:

A decisão recorrida condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus ao custeio de procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, em razão de a convicção religiosa do paciente proibir transfusão de sangue. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se o exercício de liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado. 3. Repercussão geral reconhecida. A questão constitucional trazida neste recurso extraordinário exige a determinação da extensão de

liberdades individuais. É certo que a Constituição assegura, em seu art. 5º, inciso VI, o livre exercício de consciência e de crença. E é igualmente certo que essa liberdade acaba restringida se a conformação estatal das políticas públicas de saúde desconsidera essas concepções religiosas e filosóficas compartilhadas por comunidades específicas. Afinal, dizer que o direito social à saúde é apenas aquele concretizado por uma concepção sanitária majoritária traz em si uma discriminação às percepções minoritárias sobre o que é ter e viver com saúde. A capacidade de autodeterminação, i.e., o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade acabam constrangidas pelo acesso meramente formal aos serviços de saúde do Estado que excluem conformações diversas de saúde e bem-estar. (RE 979742, Relator Ministro Roberto Barroso, Plenário, julgamento em 30.06.2017, Dje de 14.07.2017).

Como debatido no decorrer deste artigo, foi comprovado que existem técnicas que a medicina vem utilizando em substituição à transfusão de sangue, e com isso, ficou demonstrado que os procedimentos alternativos são eficazes e possíveis de serem fornecidos pelo Estado. Assim, o Estado não poderia negar tal direito ao cidadão que necessite utilizá-lo. Fazendo isso, o Estado estaria negando uma existência digna ao paciente Testemunha de Jeová.

7. METODOLOGIA

Com o intuito de alcançar o objetivo do trabalho, qual seja verificar os motivos que levaram os membros da denominação Testemunhas de Jeová a se negarem a receber transfusão sanguínea, assim como entender os motivos relacionados aos funcionários da saúde de não ministrarem tratamentos alternativos à transfusão de sangue aos pacientes Testemunhas de Jeová, adotou-se uma pesquisa bibliográfica, no tocante aos procedimentos técnicos com abordagem qualitativa.

Segundo Gil (2008) pesquisa descritiva é “a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis (...)”.

O presente estudo teve como participantes membros da denominação Testemunhas de Jeová e funcionários da área da saúde, sendo 05 membros da denominação Testemunhas de Jeová, um deles, membro da Comissão de Ligações com Hospitais – COLIH, no entanto, somente 03 se dispuseram a responder e, 04 funcionários da saúde, sendo 03 deles médicos.

TESTESMUNHAS DE JEOVÁ

Rafaela Blank V. Januário	30 anos	Feminino	Ensino Médio Completo
Saulo Rosa Januário	31 anos	Masculino	Ensino Médio Completo
Bruno Rodrigues da Vitória	30 anos	Masculino	Ensino Médio Completo

Fonte: Apêndice 1.

FUNCIONÁRIOS DA SAÚDE

Grazielle Ferreira Grillo	38 anos	Feminino	Nível Superior
José Eduardo Miguel Assad	54 anos	Masculino	Nível Superior
Karina Zambelli Marques	31 anos	Feminino	Nível Médio Técnico
Rodrigo Aboudib Ferreira Pinto	56 anos	Masculino	Nível Superior

Fonte: Apêndice 2.

O questionário é aberto e semiestruturado, contendo seis perguntas de natureza subjetiva, direcionadas ao objetivo proposto buscou-se a opinião dos entrevistados sobre o assunto abordado. Entretanto, não foi possível a apresentação de gráficos ou tabelas, tendo em vista o número de pessoas que responderam ao questionário.

7.1 LIMITAÇÃO COLETA DE DADOS

Por meio do questionário respondido por alguns membros Testemunha de Jeová e funcionários da saúde buscou-se saber a opinião dos diferentes envolvidos em relação à negativa à transfusão sanguínea, quais são procedimentos a serem adotados caso o funcionário da saúde passe por essa situação, o conhecimento por parte dos membros da denominação de tratamento alternativo e etc.

A análise da questão 01, direcionada aos membros Testemunhas de Jeová, buscou saber se alguma vez em uma intercorrência hospitalar o paciente foi perguntado por funcionário da saúde se pertencia a alguma religião. Dos 03 que responderam, obtivemos as seguintes respostas, (JANUÁRIO, R. B. V., JANUÁRIO, S. R., VITÓRIA) uma resposta positiva e duas negativas. Já os funcionários da saúde, (ASSAD, GRILLO, MARQUES, PINTO), 02 responderam que nunca presenciaram um caso em que um paciente Testemunha de Jeová se recusou a receber transfusão sanguínea, os outros, sim.

Segundo a análise, na questão 02 procura-se saber a opinião do paciente Testemunha de Jeová sobre a transfusão de sangue, os quais responderam da seguinte forma:

É um método muito usado nos hospitais em geral. Mas, na minha opinião, muito arriscado. Conheci algumas pessoas que após receberem a transfusão, contraíram doenças e outras que acabaram morrendo. (JANUÁRIO, R.B.V.,)

É um método muito usado por alguns médicos. Porém, eu decidi que essa não é uma opção como tratamento para a minha saúde. Aceito tratamentos que não envolva sangue para cuidar da minha vida. (JANUÁRIO, S. R.)

Embora existam muitas questões que demonstram a ineficiência do uso do sangue em diversos tratamento médicos, sou contra o uso de transfusões de sangue em tratamentos médicos em obediência ao princípio bíblico de Atos 15:20 que em parte diz: 'Abstenham-se do sangue.' (VITÓRIA)

Os funcionários da saúde responderam da seguinte forma:

Acho que deve ser feita a transfusão após esgotar as outras alternativas médicas para preservar a vida (ASSAD).

Acho que as pessoas têm direito de escolher sobre a sua vida, desde que sejam responsáveis pelas consequências realmente convictos de suas crenças (GRILLO).

A recusa do tratamento, nesse caso a transfusão, poderá prejudicar a saúde do indivíduo (MARQUES).

Acho muito triste, que em pleno século 21, ainda temos preceitos absolutamente arcaicos rasteando a vida de parte da população (PINTO).

Referente à questão 03, na qual se buscou saber se o membro Testemunha de Jeová considera que a transfusão de sangue trará um mal físico ou espiritual, os entrevistados responderam da seguinte forma:

Sim. Em sentido físico traz riscos como rejeição do sangue transfundido. Erro de tipos sanguíneos e doenças transmitidas através do sangue. Esses riscos os próprios médicos sabem que a chance de isso acontecer é grande. Em sentido espiritual, vai contra o que eu aprendi na Bíblia. Em Atos 15:28,29 diz que o espírito Santo de Deus orienta a abster-se de sangue. E em Marcos 3:29, Jesus disse que pecar contra o espírito Santo é algo sem perdão. Acredito e levo a sério tudo o que a Bíblia diz. Jeová Deus sendo o criador dá vida, Ele pode decidir o que é melhor para mim. (JANUÁRIO, R.B.V.)

Sim. Posso contrair algumas doenças como: hepatite, HIV... Também pode ocorrer rejeição e espiritual, a Bíblia nos orienta a abster-se de sangue (Atos 15:28 e 29) em parte diz que 'pareceu bem ao Espírito Santo de Deus... abster-se de sangue' Marcos 3:29 diz que 'quem pecar contra o Espírito Santo 'não tem perdão'. (JANUÁRIO, S. R.)

Sim. Existem estudos que comprovam riscos como infecção bacteriana, Embolia pulmonar, rejeição entre muitos outros problemas. Mas a preocupação maior e principal é com respeito à consciência por desrespeitar uma orientação tão clara da bíblia, sabendo que existem muitos meios alternativos disponíveis que são muito melhores que as transfusões sanguíneas, para salvar minha vida caso seja necessário de algum tratamento médico. (VITÓRIA)

Os funcionários da saúde responderam da seguinte forma:

Espiritual, não acho que trará. Física, sim, pois existem inúmeras alterações que a transfusão pode acarretar. (ASSAD).

Como sou Hematologista, sei os benefícios e os malefícios de uma transfusão sanguínea. Quando bem indicada salva vida. Na prática médica ainda não temos nenhum substituto do sangue, por isso de forma racional a transfusão deve ser feita sem causar dano espiritual. Em relação ao mal físico, casos de reação transfusional grave são cada dia menos frequentes com a política de segurança na transfusão. (GRILLO).

Não. Pelo o contrário, poderá contribuir para a minha melhora do quadro clínico (MARQUES).

Absolutamente não no campo espiritual. No campo físico, sim, caso a indicação do procedimento não obedeça aos critérios de medicina baseada em evidências, ou ainda se o produto usado não for compatível com o tipo sanguíneo, ou estiver contaminado (PINTO).

Da questão 04, procurou-se saber se os membros das Testemunhas de Jeová conheciam métodos alternativos à transfusão de sangue e se haviam experimentado, as respostas foram as seguintes:

Sim, A medicina avança cada vez mais e tratamentos alternativos como EPO, máquina coração pulmão, entre muitos outros têm sido usados como alternativa não só com testemunhas de jeová, mas muitos outros. Graças a Deus nunca precisei de tais recursos. Porém temos uma equipe de irmãos e médicos colaboradores que dão o suporte necessário em tais casos. (JANUÁRIO, R.B.V.)

Sim, não, nunca precisei. (JANUÁRIO, S. R.)

Sim, Uso de medicamentos como a eritropoietina e suplementação de ferro e similares que ajudam a melhorar a condição pré-operatória. Uso de máquinas de recuperação intra-operatória de células, equipamentos como o eletrocautério que ajudam os médicos a diminuir consideravelmente a perda sanguínea durante a cirurgia, hemodiluição intra-operatória, coaguladores como a cola de fibrina para estancar sangramento entre muitos outros. Muitos desses disponíveis no SUS. (VITÓRIA).

Da questão 04, referente aos funcionários da saúde, procura-se saber a opinião sobre a opção dos Testemunhas de Jeová se recusarem à transfusão sanguínea. As respostas foram as seguintes:

Acho que agem devido a sua religião e por desconhecerem que salva a vida e imperam a transfusão ou alguma reação. (ASSAD).

Se são responsáveis e aptos a responder por eles, sim acredito que tem que ser respeitada a vontade, pois a vida dessas pessoas que têm crença convicta é muito difícil após transfusão. Mas quando se trata de criança ou incapaz, acho que apesar de serem responsáveis, os pais não poderiam decidir por isso. Acho que a justiça deve interferir e em caso de iminência de morte, a transfusão deve ser feita, pois nada garante que esta criança terá esta crença na vida. (GRILLO)

Acredito que sim. Pela liberdade de religião (MARQUES).

É de fato uma discussão difícil. A pessoa plena dos seus direitos, pode se recusar a fazer o procedimento. Ocorre que, em várias situações, a gravidade do quadro, uma hemorragia extensa, por exemplo, pode levar a pessoa à perda da consciência. Nesse momento, o médico, por imperativo de seu juramento, pelo mister de seu ofício age, sequer indagando aos familiares ou ao próprio, se esse paciente é testemunha de Jeová. (PINTO).

Na questão 05 que questiona sobre a opinião dos membros Testemunhas de Jeová se eles se sentiriam ofendidos caso fossem submetidos a uma transfusão de sangue, (JANUÁRIO, R. B. V., JANUÁRIO, S. R., VITÓRIA), a resposta foi unânime que se sentiriam ofendidos.

Já da questão 05 aos funcionários da saúde sobre qual procedimento tomar mediante a recusa das Testemunhas de Jeová, as respostas foram as seguintes:

Caso venha a se deparar com essa situação consultaria a família e a área jurídica do hospital. (ASSAD).

Tem várias situações, em caso de menor, já faz relatório para judiciário e na iminência de morte faz transfusão. (GRILLO)

Respeitar a decisão do mesmo. (MARQUES)

Assinatura de um termo próprio, sobre o tema. (PINTO)

Da questão 06, na qual se procura saber se em uma situação de risco de morte o paciente Testemunha de Jeová aceitaria uma transfusão de sangue, (JANUÁRIO, R. B. V., JANUÁRIO, S. R., VITÓRIA), por unanimidade responderam que não.

Já na questão 06, referente aos funcionários da saúde, na qual se procurou saber a opinião dos entrevistados se concordavam com os métodos adotados pelos hospitais (ASSAD, GRILLO, MARQUES, PINTO), dois responderam que não, um disse que sim e um se absteve de responder.

Com as respostas do questionário acima, percebe-se que o pensamento dos membros Testemunhas de Jeová e dos funcionários da saúde são divergentes. Porém, é possível perceber também que pensamentos de funcionários da área da saúde vêm mudando em relação ao tema abordado, visto que esses profissionais vêm entendendo que os pacientes têm autonomia para escolher o tratamento mais viável para si, desde que assumam os riscos de suas escolhas.

8. CONCLUSÃO

Com base na presente pesquisa, observa-se que a negativa à transfusão sanguínea por praticantes da religião Testemunhas de Jeová é um caso bastante polêmico e que vem gerando inúmeros conflitos no judiciário do nosso país. No decorrer da pesquisa, o que se pôde observar foi o Estado obrigando através da força o paciente Testemunha de Jeová a se submeter à transfusão sanguínea contra sua vontade, ferindo seus princípios religiosos.

Na maioria das decisões proferidas por nosso judiciário alega-se o conflito entre direitos fundamentais, denominados direito à liberdade religiosa e direito à vida, porém, ficou clara a inexistência dessa colisão, visto que as Testemunhas de Jeová não abrem mão de sua vida, pelo contrário, prezam por uma vida saudável e também muito menos acreditam que serão curadas mediante a fé, já que a medicina oferece tratamentos alternativos à transfusão sanguínea que conforme certificado através de artigos e pesquisas publicadas por especialistas da área são tratamentos totalmente promissores e que vêm gerando uma enorme evolução na área médica, assim como, a prevenção de riscos gerados pela transfusão de sangue.

Com isso, ficou demonstrada também a inaplicabilidade do princípio da ponderação de princípios, bastante utilizada nas sentenças do nosso judiciário, visto que conforme dito acima, as Testemunhas de Jeová não estão abrindo mão de suas vidas, mas sim, requerendo um tratamento alternativo disponível. E com a decisão recente do STF citada acima sobre o tema, considerando como repercussão geral, abre-se uma nova linha de

pensamentos para nossos tribunais que vinham decidindo contrariamente a realidade vivida pelas Testemunhas de Jeová.

E com relação à liberdade do paciente em relação à escolha do melhor tratamento a ser realizado, o entendimento foi que através do princípio da autonomia de vontade, protegida por nossa Constituição Federal, o paciente tem o direito de escolher o melhor tratamento a ser ministrado, cabendo ao médico responsável respeitar a decisão do paciente caso ele esteja consciente, visto que não existe norma constitucional que obrigue o paciente Testemunha de Jeová a se submeter à transfusão sanguínea.

No entanto, caso o paciente Testemunha de Jeová esteja inconsciente e sem a presença de um familiar que responda por ele, o médico tem o direito de ministrar o tratamento que achar conveniente para salvar a vida da pessoa.

Ficou demonstrado através do questionário realizado com as partes envolvidas que a posição dos membros Testemunhas de Jeová e dos funcionários da saúde são divergentes, mas que o pensamento de alguns profissionais da área da saúde vem mudando com relação ao tema.

Diante do exposto, o que se pode concluir é que nossa Constituição Federal não protege somente a prática de culto, mas também os dogmas religiosos, assim como, as escolhas dos fiéis de se absterem de receber tratamentos médicos que são contrários às suas crenças. Assim, conclui-se que é dever do Estado fornecer esses tratamentos alternativos ao paciente Testemunha de Jeová.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Fautus Máximus De Araujo; TOMAZ Carlos Alberto Simões De. **A Recusa de Transfusão de Sangue por Paciente Adepto da Religião Testemunhas de Jeová: Colisão de Direitos Fundamentais - Estudo de Caso.** Revista de Direitos Humanos e Efetividade, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 01-20, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1548/2009>>. Acesso em: 25 set. 2017.
- AZAMBUJA, Letícia Erig Osório de and GARRAFA, Volnei. Testemunhas de Jeová ante o uso de hemocomponentes e hemoderivados. Rev. Assoc. Med. Bras. [online]. 2010, vol.56, n.6, pp.705-709. ISSN 0104-4230. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302010000600022>. . Acesso em: 25 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 29-70, nov./dez. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Consulta formulada pela Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Lúcia Guimarães Tavares, [S.L], p. 4-5, abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BÍBLIA ONLINE. **Levítico 17.** Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/lv/17>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

Brasil. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Vade mecum*. São Paulo: Saraiva; 2013.

Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.021/80. Diário oficial da União (Seção I - Parte II) de 22/10/80.

Brasil. Constituição. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988; 1988.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 979.742/DF – Distrito Federal. Repercussão Geral. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Revista dos Tribunais. Acórdãos, 29 junho 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/t203476/Downloads/RTDoc%2004-10-2017%2012_08%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/t203476/Downloads/RTDoc%2004-10-2017%2012_08%20(PM).pdf). Acesso em: 04 out. 2017.

CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. **Bioética e crença religiosa: estudo da relação médico-paciente testemunha de Jeová com potencial risco de transfusão de sangue.** 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

CORTÉS, Julio César Galán. **Responsabilidad médica y consentimiento informado.** Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p.239.

E-GOV. **Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pondera%c3%a7%c3%a3o-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direitos Fundamentais.** *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 7, n. 7, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=81950>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GAZETA ONLINE. **Justiça autoriza transfusão em idoso que se nega a fazer por crença.** Disponível em: <<http://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/09/justica-autoriza-transfusao-em-idoso-que-se-nega-a-fazer-por-crenca-1014100145.html#>>>. Acesso em: 18 set. 2017.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008. p. 28.

- GLOBO.COM. **Uso ‘não bíblico’ de sangue em transfusões opõe testemunhas de jeová e médicos.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/uso-nao-biblico-de-sangue-em-transfusoes-opoe-testemunhas-de-jeova-e-medicos.html>>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- JUNIOR, NERY, Nelson. **Direito de Liberdade e Recusa de Tratamento por Motivo Religioso. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 2015, n. 8, p. 903-963, jul./ago. 2015. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?>>>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- JUS.COM.BR. **Transfusão de sangue em testemunhas de jeová a colisão de direitos fundamentais.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6545/transfusao-de-sangue-em-testemunhas-de-jeova/1>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- JW.ORG. **Quem fundou a sua religião.** Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.
- PRATAS, Cláudia Alves. **As Testemunhas de Jeová e a Discriminação no Acesso a Tratamentos Isentos de Sangue. e-Pública**, Lisboa, v. 3, n. 2, p. 160-193, nov. 2016. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000200008&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 22 mar. 2017.
- REVISTAS.UNIFACS. **O que é isto - ponderação de princípios?.** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewfile/2825/2055>>. Acesso em: 13 set. 2017.
- SANTOS, Antônio Alceu dos et al. **Opções terapêuticas para minimizar transfusões de sangue alogênico e seus efeitos adversos em cirurgia cardíaca:** Revisão sistemática. *Rev Bras Cir Cardiovasc*, São José do Rio Preto, v. 29, n. 4, p. 606-621, Dec. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-76382014000400020&lng=en&nrm=iso>. access on 06 July 2017. <http://dx.doi.org/10.5935/1678-9741.20140114>.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. **“Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue.”** *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar* 6.2 (2003, p. 221-234).





BREVES CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE A POLÊMICA ENVOLVENDO A FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA, A “PÍLULA DO CÂNCER”

BRIEF LEGAL CONSIDERATIONS ABOUT THE CONTROVERSY INVOLVING THE SYNTHETIC PHOSPHOETHANOLAMINE, THE “CANCER PILL”

Thays Costa Nostre Teixeira

Graduada em Farmácia pela Universidade Católica de Santos (Unisantos). Estudante do 7º semestre do curso de Direito da Universidade Santa Cecília (Unisanta). Farmacêutica na Rede Nacional de Drogarias S.A.

Ligia Maria Comis Dutra

Graduada em Engenharia Civil pela Universidade Santa Cecília (Unisanta) e em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica de Santos (Unisantos). Pós-graduada em Direito do Estado pela UNICAM - Universidade Cândido Mendes e mestre em Direito Ambiental pela Unisantos. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília e engenheira civil da Prefeitura de Santos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Fosfoetanolamina (FOS). 2.1. Breve histórico. 2.2 O câncer e a FOS. 2.3. Problemática envolvendo a FOS. 2.4. Profissionais envolvidos diretamente no tratamento de pacientes com neoplasia maligna. 3. Regulamentação do tema no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1. A Constituição como garantidora do direito à saúde. 3.2. Posição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). 3.3. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. 4. Decisões proferidas no âmbito do poder judiciário. 4.1. Decisões do Supremo Tribunal Federal. 4.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) nº 5501. 4.2. Decisões proferidas pelo STJ. 4.3. Produção da fosfoetanolamina como suplemento alimentar. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: A fosfoetanolamina, em sua forma sintética (FOS), foi distribuída de forma irregular por mais de vinte anos pelo químico Gilberto Chierice e sua equipe no IQSC. Ao cessarem sua distribuição, os interessados ingressaram no judiciário para tentar obtê-la, o que levou à sanção da Lei 13.269/16. O presente trabalho objetivou analisar o impacto da divulgação e liberação para uso da (FOS), sem estudos prévios como regulamentado pela Anvisa, através do levantamento de dados, interpretação da legislação, jurisprudências e da Constituição Federal (CF/88). Concluiu-se que a liberação da FOS sem testes comprobatórios é incompatível com os preceitos da CF/88 e que a interferência do Judiciário é um agravo à Separação dos Poderes e pode resultar em um retrocesso de tamanho incomensurável.

PALAVRAS-CHAVE: Fosfoetanolamina sintética; Pílula do Câncer; Câncer.

ABSTRACT: The phosphoethanolamine, in its synthetic form (FOS), was irregularly distributed for more than twenty years by the chemist Gilberto Chierice and his team in the IQSC. With the cessation of its distribution, interested parties began to join the judiciary to try to obtain it, which led to the sanction of the Law 13.269/16. The present work aimed to analyze the impact of the disclosure and release to use of FOS, without previous studies, as regulated by Anvisa, through data collection, interpretation of legislation, jurisprudence and Federal Constitution (CF/88). It was then concluded that the release of FOS without tests to verify its efficacy is incompatible with the precepts of the CF/88 and that the interference of the is an aggravation of the Separation of Powers and it can result in a regression of immeasurable size.

KEYWORDS: Synthetic Phosphoethanolamine; Cancer Pill; Cancer.

1. INTRODUÇÃO

O corpo humano é composto de inúmeras células vivas que seguem um processo chamado de divisão celular que envolve seu crescimento, divisão e morte de forma ordenada e controlada quando em condições normais. Esse processo é responsável tanto pela formação quanto pelo crescimento e regeneração dos tecidos do nosso corpo.

Quando essas células começam a crescer descontroladamente invadindo outros tecidos e órgãos, transformam-se em células cancerosas que não possuem mais a capacidade de controlar seu crescimento. Mais de 100 doenças possuem em comum essa característica e, a este grupo dá-se o nome de câncer ou neoplasia maligna.

O desenvolvimento de um câncer passa por vários estágios antes de formar um tumor visível. Esse processo se dá lentamente e pode levar anos. Seu primeiro estágio, o estágio de iniciação, envolve a modificação genética das células não sendo possível ainda a detecção clínica de um tumor. Quando essas células, que já se encontram modificadas, sofrem efeitos de agentes cancerígenos, transformam-se em células malignas, instalando o estágio de promoção.

Essa transformação necessita de um contato contínuo com o agente citado, seja ele químico, *físico ou biológico*, e *ocorre de forma lenta e gradual*. *Se o contato for suspenso nessa fase, muitas vezes a progressão do estágio também cessa. O terceiro e último estágio, é o que o câncer já está instalado e a modificação das células alteradas é irreversível.*

As primeiras manifestações clínicas surgem com a evolução desse estágio, chamado de estágio da progressão. Aproximadamente um terço das mortes por câncer decorre de cinco principais fatores de riscos, comportamentais e alimentares, são eles: alto índice de massa corporal, baixa ingestão de frutas e vegetais, falta de atividade física e uso de tabaco e de álcool.

Evitar esses fatores e investir em outras estratégias de prevenção, diagnosticar logo no início e tratar de forma adequada, podem reduzir entre 30 e 50% as mortes segundo pesquisas da Organização Mundial da Saúde.

A maior problemática encontrada ainda é o diagnóstico tardio, dificultando o tratamento e aumentando o sofrimento de seus portadores.

A descoberta na fase inicial além de diminuir o impacto da doença, possibilita um tratamento com custo muito menor. Há diversos mecanis-

mos de defesa naturais no organismo humano, em sua maioria são pré-definidos geneticamente e podem variar entre indivíduos. Dentro desses mecanismos estão os linfócitos, detentores de um papel muito importante no sistema imune.

Eles possuem a função de atacar as células do corpo que estão infectadas ou em transformação para células cancerosas e secretar uma substância conhecida como linfocina, proteína responsável pela ativação, regulação do crescimento e amadurecimento de outras células do sistema imune.

As formas de tratamento baseiam-se em cirurgias, radioterapia ou quimioterapia, podendo ser utilizadas de forma combinada ou não, dependendo do local acometido e estágio em que a doença se encontra.

Em decorrência do desespero pela cura, pelos pacientes em tratamento ou aqueles com diagnóstico recente, a busca por tratamentos alternativos ou menos degradantes ao organismo está cada vez maior e, é nessa situação de medo que muitos deles abrem mão do tratamento convencional para se arriscarem com tratamentos sem comprovação científica.

O químico brasileiro Gilberto Orivaldo Chierice, ao distribuir cápsulas de fosfoetanolamina sintética de forma irregular por mais de 20 anos, acabou por alimentar essa ilusão de uma cura milagrosa para uma doença que pesquisadores vêm trabalhando arduamente durante anos.

A popularidade da substância baseada apenas em resultados fictícios, isto é, fundamentada em resultados passados pelo popular “boca a boca”, tornou-se tanta que, ao cessarem sua distribuição, levou os interessados a ingressarem no judiciário buscando a liberação de algo que achavam ser sua salvação.

A quantidade excessiva de ações judiciais levou à sanção da Lei 13.269, de 13 de abril de 2016, sem vetos, pela até então presidente Dilma Rousseff que, independente da falta de estudos que comprovassem o efeito anticancerígeno da substância em questão, acreditou estar cumprindo com seu dever e garantindo o disposto pela Constituição Federal de 1988, zelando o direito à vida, à saúde, sem considerar a possibilidade de estar fazendo justamente o contrário.

É nessa esteira que surge o objetivo deste trabalho: analisar o impacto da divulgação e liberação para uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como a “pílula do câncer”, sem estudos prévios como regulamenta a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

2. A FOSFOETANOLAMINA (FOS)

De forma simplificada, a fosfoetanolamina (FOS) é uma substância produzida pelo corpo humano e está presente em todos os seus tecidos e órgãos. Caracteriza-se por ser a precursora de duas outras moléculas (fosfatidilcolina e fosfatidiletanolamina) que participam na síntese de fosfolipídios¹ de membranas celulares. Age como sinalizadora, sendo ligante ou gerando substratos intermediários, além de regular o metabolismo das células.

2.1. BREVE HISTÓRICO

Ao contrário do que se acredita, a descoberta da FOS não foi realizada no Brasil por pesquisadores do Instituto de Química de São Carlos. Seu primeiro relato, de acordo com o grupo de trabalho do Departamento de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde², foi em 1936 quando Edgar Laurence Outhouse a isolou em tumores malignos provenientes de bovinos e, de acordo com José de Felipe Junior³, foi Franz Kholer que a sintetizou pela primeira vez em 1965.

O químico brasileiro Gilberto Orivaldo Chierice iniciou seus estudos sobre a substância no início dos anos 90, chegando a realizar dois pedidos de patentes em 2008 (PI0800460-9⁴ e PI0800463-3⁵), baseando-se no novo processo de síntese que descobriu.

Em países estrangeiros, a FOS é produzida em grande escala por laboratórios renomados sendo possível sua compra sem prescrição há mais de 50 anos. Sua finalidade principal é a suplementação alimentar através da reposição de cálcio e magnésio, porém, propõe-se também a corrigir disfunções celulares.

1 Fosfolipídios são as principais moléculas que formam a membrana plasmática.

2 MINISTÉRIO DA SAÚDE (MS). Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos – Departamento de Ciência e Tecnologia: **Relatório de Atividades do Grupo de Trabalho sobre a Fosfoetanolamina**. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/ciencia/SEPED/Saude/fosfoetanolamina/arquivos/22-12-2015-Relatorio-de-Atividades-do-Grupo-de-Trabalho-sobre-a-Fosfoetanolamina.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2017.

3 Junior, José de Felipe. **Fosfoetanolamina ou Cálcio-EAP – Dai a Cesar o que é de Cesar**. Publicado em: 03 nov 2015. Disponível em: <<http://www.medicinacomplementar.com.br/biblioteca/pdfs/Cancer/ca-5008.pdf>>. Acesso em: 27 ago 2017.

4 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Pedido de Patente - PI0800460-9 – **Nova metodologia de síntese da fosfoetanolamina na forma sólida com cálcio, magnésio e zinco e na forma de solução com monoetanolamina**. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/jerbialdo/deposito-de-patente-da-fosfoetanolamina>>. Acesso em: 24 set 2017.

5 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Pedido de Patente - PI0800463-3 – **Fosfoetanolamina como precursor de fosfolipídeo para correção de disfunções celulares e metabólicas**. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/jerbialdo/patente-da-substancia-sinttica-fosfoetanolamina-pi-0800463>>. Acesso em: 24 set 2017.

2.2. O CÂNCER E A FOS

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), câncer é a segunda maior causa de mortes no mundo e, em dados divulgados em fevereiro de 2017, registrou-se um aumento na média anual observada em 2012, que passou de 8,2 milhões para 8,8 milhões de mortes em 2015. Ainda notificou-se que é esperado um aumento de aproximadamente 70% desse valor nas próximas duas décadas.

A OMS também fez um comparativo desse número com o número de pessoas que morrem por complicações associadas a HIV, tuberculose e malária e, concluiu que as mortes por câncer são duas vezes e meia maiores do que as resultantes das três citadas anteriormente quando combinadas.

Dentre tantos números assustadores, eis que surge a fosfoetanolamina sintética, a “cura do câncer” segundo entrevista dada pelo professor aposentado Gilberto Orivaldo Chierice para a revista *Época* publicada em 17 de outubro de 2015⁶.

2.3. PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A FOS

Diante de tantos pontos relevantes envolvendo o composto sintético em questão, torna-se difícil a definição do ponto inicial da problematização do tema.

Caberá ao leitor determinar, durante a descrição sequencial dos fatos qual, em sua opinião, foi o estopim para tantos conceitos divergentes e ações judiciais que temos ainda hoje.

Como já abordado anteriormente, a distribuição da FOS em forma de cápsulas teve início nos anos 90, logo que Chierice e sua equipe iniciaram suas pesquisas sobre a molécula. Cabe salientar que, essa distribuição feriu a sequência de estudos pré-clínicos e clínicos para registro de medicamentos definidos pela Anvisa como será explicado em tópico seguinte.

Acreditando estar diante da “cura do câncer”, o *químico atualmente aposentado, diz saber da gravidade* do que estava fazendo. Como mostra o trecho retirado de sua entrevista⁷, o químico tinha conhecimento de estar

6 BUSCATO, Marcela; RODRIGUES, Ana Helena. **Fosfoetanolamina sintética: a oferta de um milagre contra o câncer**. Publicado em: 11 out 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/10/fosfoetanolamina-sintetica-oferta-de-um-milagre-contr-o-cancer.html>>. Acesso em: 07 set 2017.

7 Idem.

praticando a medicina ilegalmente ao prescrever a substância às pessoas acometidas com um dos mais de 100 tipos de neoplasia, independente do seu estágio de desenvolvimento. Ou seja, o fato de o medicamento não possuir registro no órgão competente ou comprovação de eficácia não foram considerados pelo indigitado químico:

“Eu sabia que estava interferindo em recomendações médicas. Sempre pensei que, mais cedo ou mais tarde, seria preso por exercício ilegal da medicina”, afirma. “Mas, se eu não distribuir o remédio, quem pensaria nos cancerosos?”

Em contradição ao último trecho da citação acima, a Anvisa, em 03 de maio de 2017, publicou uma matéria⁸ sobre a quantidade de produtos registrados nos últimos três anos. Uma das conclusões do órgão competente está no número total de registros de medicamentos, que dobrou durante o período avaliado e, 40% dos fármacos referem-se àqueles utilizados no tratamento de pacientes com câncer.

Outro fato a ser levado em consideração envolve um estudo⁹ realizado pela pesquisadora Tamiko Kano-Sueoka em 1979. A pesquisadora identificou a FOS como fator de crescimento de carcinoma mamário em uma linhagem de ratos. Ela, e sua equipe, concluíram nesse primeiro momento que: a linhagem celular responsiva ao componente era a linhagem celular do tumor hormônio-dependente, porém, não conseguiram determinar se a FOS agiria como um hormônio catalista ou um substrato, nutrindo-o.

Nesse mesmo diapasão, o pedido de patente nº PI0800463-3¹⁰ realizado em 2008 sugerindo o uso da fosfoetanolamina sintética como precursor de fosfolípido para correção de disfunções celulares e metabólicas, cita a utilização de dois estudos que tinham como finalidade provar a eficiência do composto como agente antitumoral, evidenciando sua ação antiproliferativa e estimuladora de apoptose (morte celular programada). Os testes dividiam-se em avaliações *in vitro* e *in vivo*, utilizando-se de células

8 ANVISA. **Agência de Vigilância Sanitária: Número de produtos registrados pela Anvisa dobra em três anos.** Publicado em: 03 maio 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/05/numero-de-produtos-registrados-pela-anvisa-dobra-em-tres-anos>>. Acesso em: 22 jun 2017.

9 KANO-SUEOKA, Tamiko; et al. **Phosphoethanolamine as a growth factor of a mammary carcinoma cell line of rat.** Publicado em: nov 1979. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/76/11/5741.full.pdf>>. Acesso em: 09 ago 2017.

10 REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Pedido de Patente - PI0800463-3 – Fosfoetanolamina como precursor de fosfolípido para correção de disfunções celulares e metabólicas.** Disponível em: <<https://pt.silideshare.net/jerbialdo/patente-da-substancia-sinttica-fosfoetanolamina-pi-0800463>>. Acesso em: 24 set 2017.

tumorais cultivadas e células tumorais implantadas em camundongos de uma linhagem específica.

A iniciativa de tal pedido foi consequência dos resultados obtidos em ambas avaliações, na forma *in vitro* no qual o composto induziu a citotoxicidade apenas para as células tumorais e na forma *in vivo*, pela diminuição dos tumores em animais portadores de melanoma. Ressalta-se que esse tipo de câncer de pele foi o único citado no arquivo em questão.

Apesar da linhagem das células utilizadas terem sido diferentes nos estudos realizados por Tamiko Kano-Sueoka e pela equipe do Instituto de Química de São Carlos (IQSC), os resultados contrários deveriam ser levados em consideração e servirem de alerta ao fato de que os estudos existentes não são suficientes para a comprovação da real participação da FOS no processo neoplásico.

O anonimato da distribuição da “pílula do câncer” teve seu fim com a publicação de uma portaria do IQSC em 10 de junho de 2014, que determinava procedimentos administrativos quanto à produção, manipulação e distribuição de medicamentos e outros compostos. Apesar de não tratar especificamente da fosfoetanolamina, seu contexto deu ensejo à judicialização do tema, a partir do momento que cessou a distribuição das cápsulas à população crédula no medicamento milagroso.

A Portaria IQSC 1389/2014¹¹ evidencia em mais de um momento a necessidade de regulamentação e registro em órgãos competentes, neste caso a Anvisa, para que certas atividades sejam realizadas como descrito abaixo:

[...] considerando que a produção distribuição de drogas com a finalidade de medicamentosa ou sanitária, medicamentos, insumos farmacêuticos e seus correlatos, estão sujeitas à regulamentação e fiscalização dos órgãos competentes dos governos estadual e federal [...]

Art 1º. [...] só podem ser efetuadas nas dependências do IQSC após apresentação, à Diretoria do Instituto, das devidas licenças e registros expedidos pelos órgãos competentes, de acordo com a legislação vigente e desde que tais atividades estejam justificadamente alinhadas com as finalidades da Universidade. [...]

A crença dos pacientes na famosa pílula azul e branca é tanta que, a restrição de sua distribuição causou um desespero que assolou a todos

11 IQSC. Instituto de Química de São Carlos - Universidade de São Paulo: **Portaria IQSC 1389/2014 de 10 de junho de 2014**. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/files/2015/09/Portaria-distribuicao-de-medicamentos.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2017.

que a utilizavam bem como seus familiares levando a massa a recorrer ao Judiciário para tentar continuar seu “tratamento”.

Através de incontáveis liminares que sobrecarregaram os Tribunais de Justiça, a Universidade de São Paulo (USP) se viu obrigada a fornecer o produto para todos que recorreram ao sistema jurídico e, diante de tal situação, resolveu prestar esclarecimentos em nota¹² publicada em seu site, englobando desde os aspectos explicativos sobre a falta de estudos sobre a FOS até aspectos legais sobre a inexistência de registro do insumo em questão na Anvisa e a responsabilidade de um profissional apto para sua correta prescrição e consequente administração.

Essa substância não é remédio. Ela foi estudada na USP como um produto químico e não existe demonstração cabal de que tenha ação efetiva contra a doença: a USP não desenvolveu estudos sobre a ação do produto nos seres vivos, muito menos estudos clínicos controlados em humanos. Não há registro e autorização de uso dessa substância pela Anvisa e, portanto, ela não pode ser classificada como medicamento, tanto que não tem bula.

Além disso, não foi respeitada a exigência de que a entrega de medicamentos deve ser sempre feita de acordo com prescrição assinada por médico em pleno gozo de licença para a prática da medicina. Cabe ao médico assumir a responsabilidade legal, profissional e ética pela prescrição, pelo uso e efeitos colaterais – que, nesse caso, ainda não são conhecidos de forma conclusiva – e pelo acompanhamento do paciente.

Portanto, não se trata de detalhe burocrático o produto não estar registrado como remédio – ele não foi estudado para esse fim e não são conhecidas as consequências de seu uso. [...]

[...] A USP não é uma indústria química ou farmacêutica. Não tem condições de produzir a substância em larga escala, para atender às centenas de liminares judiciais que recebeu nas últimas semanas. Mais ainda, a produção da substância em pauta, por ser artesanal, não atende aos requisitos nacionais e internacionais para a fabricação de medicamentos. [...]

No final do ano de 2015, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) anunciou um investimento de R\$ 10 milhões em pesquisas utilizando a fosfoetanolamina sintética e, a seu pedido, o Centro de Inovação e Ensaios Pré-Clínicos (CIEnP) realizou testes iniciais que levantaram

12 USP. Universidade de São Paulo: **USP divulga comunicado sobre a substância fosfoetanolamina**. Publicado em: 13 out 2015. Disponível em: <<http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

dúvidas quanto à credibilidade dos pesquisadores da USP, demonstrando que a substância não é exatamente o que foi disseminado.

Os testes, realizados no Laboratório de Química Orgânica Sintética do Instituto de Química (LQOS) da Unicamp, evidenciaram uma grande variação de peso nas cápsulas distribuídas para a população pelo professor Gilberto e sua equipe no Instituto de Química de São Carlos, além da presença de outros componentes como pode ser demonstrado em trecho retirado da notícia¹³ publicada em 23 de março de 2016 no site da Unicamp:

Embora o peso declarado das cápsulas fosse de 500mg, os testes constataram unidades com pesos variando de 233mg à 509mg. Além disso, prossegue o docente da Unicamp, o esperado era encontrar somente um componente nas cápsulas, ou seja, a fosfoetanolamina sintética. Entretanto, os pesquisadores do LQOS identificaram cinco componentes presentes nas pílulas, além de água: 34,9% de fosfatos de cálcio, magnésio, ferro, manganês, alumínio, zinco e bário; 3,6% de pirofosfatos de cálcio, magnésio, ferro, manganês, alumínio, zinco e bário; 32,2% de fosfoetanolamina; 18,2% de monoetanolamina protonada e 3,9% de fosfobiseetanolamina.

Nos experimentos realizados *in vitro*, foi constatado que a FOS não demonstrou atividade contra células tumorais. Segundo o docente responsável pelos testes, a monoetanolamina, outra substância contida nas cápsulas, apresentou uma pequena atividade citotóxica e antiproliferativa, porém, tal resultado só foi observado com uma concentração muito elevada do composto.

Enquanto num polo os resultados preliminares não estabeleceram uma base concreta para a sequência de ensaios clínicos em humanos, em outro, foi aprovado no Senado um Projeto de Lei que autorizava pacientes com câncer a utilizarem a FOS antes de seu registro no órgão competente.

Sem considerar os testes preliminares que comprovassem o efeito anticancerígeno da substância em questão, em 13 de abril de 2016 foi sancionada, sem vetos, a Lei 13.269¹⁴ que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Essa interferência dos Poderes Legislativo e Judiciário na competência de outro órgão, neste caso a Agência Nacional de Vigilância Sa-

13 FILHO, Manuel Alves. Unicamp: **Novos dados sobre a fosfoetanolamina**. Publicado em 23 mar 2016. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2016/03/23/novos-dados-sobre-fosfoetanolamina>>. Acesso em 10 jun 2017.

14 BRASIL. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacien-

nitária, abre precedentes para um retrocesso incomensurável, pois como regulamentado pela Lei 6.360 de 23 de setembro de 1976¹⁵, todos os medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos estão sujeitos às normas de vigilância sanitária.

No meio de tantas decisões manifestadas sobre pressão da população e autoridades, que ao tentar aclamar as solicitações do povo deixaram de considerar a possibilidade de estar liberando algo que coloque em risco a sua saúde da massa, a Associação Médica Brasileira protocolou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que foi deferida e ainda está em tramitação juntamente com uma Medida Cautelar suspendendo as decisões judiciais que obrigavam o governo a fornecer as cápsulas.

Dentre tantas controvérsias, o Instituto do Câncer (Icesp), por influência do governo de São Paulo, deu início em julho de 2016, a um estudo realizando testes em humanos. Tal estudo, segundo notícia¹⁶ da Sociedade Brasileira de Profissionais em Pesquisa Clínica (SBPPC), englobava 72 pacientes com 10 diferentes grupos de tumores e pílulas fornecidas pelo laboratório oficial da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, a Furp (Fundação para o Remédio Popular) contendo fosfoetanolamina sintetizada pelo laboratório PDT Pharma.

Tendo avaliado 59 indivíduos, observou-se que 58 destes não apresentaram uma resposta significativa e, que o único paciente que respondeu ao tratamento pertencia ao grupo de melanoma, mesmo grupo de neoplasia utilizado por Chierice para os testes *in vivo* com camundongos em seu pedido de patente.

Devido à falta de indício de atividade terapêutica nos resultados iniciais da pesquisa clínica, em 31 de abril deste ano foi suspensa a inclusão de novos pacientes no estudo e, antes de qualquer continuidade, o protocolo utilizado será reavaliado.

tes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm>. Acesso em: 10 jun 2017.

15 BRASIL. Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 10 jun 2017.

16 SBPPC. Sociedade Brasileira de Profissionais em Pesquisa Clínica: Fosfoetanolamina – Instituto do Câncer suspende testes devido à ausência de benefício clínico significativo. Publicado em 31 mar 2017. Disponível em: <http://www.sbppc.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=2903&Itemid=1>. Acesso em: 15 jun 2017.

2.4. PROFISSIONAIS ENVOLVIDOS DIRETAMENTE NO TRATAMENTO DE PACIENTES COM NEOPLASIA MALIGNA

Com toda atenção recebida pela FOS e as inequações que a rodeiam (lei e falta de estudos clínicos), as manifestações de órgãos como a Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica (SBOC) e o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) tornaram-se mais expressas.

Com a sanção da lei que será explorada em um segundo momento, o presidente do Cremesp decidiu se pronunciar¹⁷ e alertar a categoria médica para a não prescrição do tão aclamado medicamento. Sua recomendação aborda tanto a falta de respaldo pelas autoridades sanitárias como citações do Código de Ética Médica e um alerta sobre o risco para o paciente.

Já um estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica (SBOC)¹⁸ decidiu fazer um levantamento sobre a opinião dos oncologistas em relação aos pacientes aos seus cuidados que utilizaram a substância.

Esse estudo envolveu 398 médicos dentre os quais 115 acompanharam pacientes que já tinham usado ou ainda estavam usando a FOS sem indicação médica de um especialista. Apenas 4 (quatro) atribuíram à pílula azul e branca algum tipo de benefício.

Ainda falando sobre números, quase metade (49,7%) dos médicos que responderam ao questionário não recomendou o uso do composto, 28,4% a contraindicou e apenas 10,6% aceitaram que seus pacientes a utilizassem como tratamento complementar desde que não abandonassem o tratamento convencional. Segundo a maioria, 83,2%, a fosfoetanolamina sintética só deveria ser utilizada para pacientes participantes de uma das fases do ensaio clínico.

O estudo, primeiro que avalia opinião de especialistas que tratam desse tipo de patologia, conclui com uma reflexão:

[...] Esperamos que a sociedade, os legisladores e o sistema judiciário cheguem ao entendimento de que o desenvolvimento de drogas é uma

17 CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Lei libera fosfoetanolamina para pacientes com câncer: Entidades médicas e Anvisa Manifestam preocupação com uso da substância sem testes em humanos. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=2158>>. Acesso em: 15 jun 2017.

18 REGO, Juliana Florinda M. et al. A "miracle" cancer drug in the era of social media: A survey of Brazilian oncologists' opinions and experience with phosphoethanolamine. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 63, n. 1, p. 70-77, Jan. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302017000100070&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 maio 2017.

questão científica e redirecionem seus esforços para melhorar e agilizar nosso sistema regulatório para ensaios clínicos e aprovação de medicamentos, acelerando a disponibilidade de candidatos a drogas verdadeiramente promissoras e a oferta de medicamentos comprovados para nossos pacientes”.

Em recente entrevista a uma revista de grande circulação¹⁹, o médico oncologista Paulo Hoff foi questionado sobre uma solução para o impasse entre medicamentos extraordinários e seu custo exorbitante e, a situação atual da fosfoetanolamina com o cancelamento de sua pesquisa.

Para ele, a solução é “fugir da ideia de que devemos oferecer tudo para todos”. Isso significa utilizar apenas medicamentos que funcionem naqueles que precisam, ou seja, devido às mutações que alguns tipos de tumores podem sofrer, alguns medicamentos devem ser ministrados apenas ao grupo responsivo²⁰ e não de forma genérica.

Criticado por ter suspenso este ano o estudo clínico envolvendo a FOS, ele explica sua motivação:

[...] Nossa decisão de testar a fosfoetanolamina deveu-se ao fato de haver 18 000 pedidos de liminar na Justiça de São Paulo para usá-la. Os juízes estavam autorizando o uso sem nenhuma informação científica. Fizemos um estudo que visava a avaliar o composto como ele estava sendo utilizado pela população. Não para encontrar a melhor dose. Escolhemos dez tipos de tumor para ser testados. Não era a cura que estávamos exigindo, mas apenas resultados razoáveis. Pois, dos 73 pacientes incluídos, apenas um teve benefícios. Era muito pouco para justificar a continuação do estudo. Não era ético continuar.

Quando questionado se a substância continuaria ou não sendo testada, ele diz estar aguardando uma resposta do pesquisador Gilberto Chierice a respeito da sugestão que lhe foi feita para realizar modificações em relação a dose e a forma de administração das cápsulas.

Sua entrevista conclui com uma observação que nos fazer pensar...

A lição maior que tiro disso é que temos de reforçar nas escolas o estudo de ciência. O método científico não precisa ser aprendido só por quem faz medicina. [...] O câncer em si causa celeuma. Talvez, se fosse outro tipo de doença, a repercussão tivesse sido menor.

19 LOPES, Adriana Dias. **O médico que vale ouro: O Oncologista – que recebeu uma fortuna para trocar o Sírio-Libanês pela Rede D’Or – fala do salto extraordinário na luta contra o câncer.** Revista Veja: ed nº 2550, 4 out 2017.

20 Grupo responsivo: grupo de pessoas que respondem ao tratamento.

3. REGULAMENTAÇÃO DO TEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de entrarmos no mérito do direito à saúde garantido pela Constituição Federal, vamos abordar o que prevê a RDC 38/2013²¹ ao aprovar o regulamento para os programas de acesso expandido, uso passivo e fornecimento de medicamento pós-estudo.

O programa abordado por esta RDC consiste em disponibilizar medicamentos não registrados na Anvisa, em qualquer fase de desenvolvimento clínico, para qualquer paciente portador de patologia grave quando não há outra alternativa de tratamento com fármacos que já possuem registro no órgão competente. A questão que se aponta relevante trata da obrigatoriedade do consentimento da Anvisa e o fornecimento de informações sobre a segurança e eficácia do medicamento que será administrado.

Sendo assim, a fosfoetanolamina sintética não faz parte do programa citado, uma vez que sua distribuição ocorreu sem conhecimento da Agência de Vigilância Sanitária durante quase 20 anos.

3.1. A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIDORA DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, em toda sua magnitude e complexidade, reserva importantes artigos voltados à garantia da saúde. Estabelece seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos para um Estado Democrático de Direito.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III – a dignidade da pessoa humana

Associando este fundamento ao tema proposto no presente trabalho, o paciente, utilizando-se do exposto, tem o direito de decidir sobre como viver e assumir responsabilidade pelas decisões que resolver tomar.

21 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução – RDC nº 38, de 12 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html>. Acesso em 03 set 2017.

Em seus artigos 5º e 6º, a CF/88 garante a todos, sem distinção, a inviolabilidade do direito à vida e o direito à saúde. Sendo assim, no que envolve a FOS, os crédulos no poder de cura que a cerca, ao decidir utilizá-la como parte de seu tratamento estariam apenas invocando seus direitos. Cabe ressaltar que neste momento não estamos relacionando o histórico da substância e sua falta de registro na Anvisa, apenas elencando dispostos que podem fundamentar as decisões daqueles que a utilizaram.

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

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os deveres do Estado, como garantidor da saúde para todos, ficam dispostos nos artigos 196 e 197. Analisando-os mais a fundo e ponderando suas decisões no que diz respeito à utilização da “pílula do câncer”, nota-se que ao mesmo tempo em que foi proposta a liberação do medicamento visando prolongar a vida daqueles que alegaram ser sua última alternativa, não foi analisado que tal decisão poderia caracterizar justamente o oposto, já que, ao liberar um medicamento sem registro na Anvisa e testes que avaliam sua eficácia, toxicidade e efeitos colaterais, ao invés da redução ao risco de doença e outros agravos, estes poderiam ser aumentados.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

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

3.2. POSIÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA)

Com todas as problemáticas descritas no decorrer do trabalho, a Anvisa passou a receber muitos questionamentos e decidiu se pronunciar através de uma nota técnica, nº56/2015²², em seu portal.

Foi ressaltado o registro de medicamentos regulamentado na lei 6.360 e que, qualquer produto, independente de sua natureza (vegetal, animal, mineral ou sintética), que alegar função terapêutica, será considerado medicamento e, por consequência, necessitará de registro para ser fabricado e comercializado.

Em trecho destacado, a Anvisa elucida sua competência para avaliar aquilo que se refere à qualidade, à segurança e à eficácia do medicamento.

Assim, ressaltamos que o registro de medicamentos no Brasil tem como fundamento a Lei nº 6.360/76, e que, desde 1999, com a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), com competências estabelecidas por meio da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, essa atividade tornou-se responsabilidade da Agência. Logo, para que um medicamento venha a ser registrado e comercializado, é necessário que a Anvisa avalie a documentação administrativa e técnico-científica relacionada à qualidade, à segurança e à eficácia do medicamento.[...]

Para o registro de um medicamento, é necessária a comprovação de sua segurança e eficácia. Esses requisitos são avaliados em estudos não-clínicos (não realizados em seres humanos) e estudos clínicos (realizados em seres humanos) que se dividem em fase I, II e III. Outro ponto reforçado é a exigência de testes em animais de experimentação antes de iniciarem os testes em seres humanos.

Na fase I da pesquisa clínica, são avaliadas a segurança e a toxicidade do produto. Essa fase já é testada em humanos, preferencialmente voluntários saudáveis. Na sequência (fase II), é avaliado se o medicamento é eficaz no tratamento da doença proposta, bem como sua toxicidade ao organismo humano.

A fase III só se inicia se forem obtidos resultados bons na fase anterior. Se os resultados forem positivos, o estudo começa a abranger um número maior de pacientes.

22 ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Nota Técnica nº56/2015/SUMED/ANVISA: Esclarecimentos sobre a fosfoetanolamina.** Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/349757/NOTA+T%C3%89CNICA+56+2015+-+SUMED+-+Esclarecimentos+sobre+a+fosfoetanolamina/4b34c204-8924-4b14-9396-62224e7d1d8e>>. Acesso em: 15 set 2017.

Com todos os critérios aprovados na fase III, o medicamento segue para registro no órgão competente. Após a liberação para comercialização, inicia-se a quarta e última fase onde todos os efeitos serão avaliados em longo prazo e será observada a ocorrência ou não de novos efeitos adversos.

Abaixo segue quadro explicativo para melhor visualização do processo para o registro de um medicamento. Cabe salientar que a fosfoetanolamina realizou apenas os ensaios não clínicos e prosseguiu com distribuição das pílulas e esses ensaios não foram reconhecidos ou aprovados pela Anvisa.



Infográfico adaptado da Revista Pesquisa Fapesp²³ por Thays Nostre e Bruna Nostre

Em mais de um ponto durante a nota é reforçada a inexistência de comprovação de qualidade, segurança e eficácia pela Anvisa, que todos os tratamentos devem ser fundamentados com estudos científicos e que o uso da FOS pode ser prejudicial ao paciente.

A Agência termina sua nota de esclarecimento demonstrando sua importância.

Por fim, cabe pontuar que Anvisa é uma autoridade de referência, atua de forma convergente com as melhores referências internacionais, fortalecendo os padrões regulatórios e a garantia de qualidade, para que todos os medicamentos tenham qualidade, segurança e eficácia garantida, contribuindo para o uso terapêuticamente correto e custo-efetivo dos medicamentos pelos profissionais de saúde e usuários.

23 CAMPOS, Ana Paula; OTUBO, Fábio. **Como uma droga chega ao mercado: Infográfico**. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2016/05/016-023_CAPA-Fosfo_243_NOVO.jpg>. Acesso em: 02 set 2017.

3.3 LEI Nº 13.269, DE 13 DE ABRIL DE 2016

Mesmo com a posição contrária da Agência de Vigilância, no dia 13 de abril de 2016 foi sancionada, sem vetos, a Lei 13.269²⁴ que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Essa lei, composta apenas por cinco artigos, autoriza o uso de um fármaco sem registro ou comprovação de eficácia por todos aqueles que apresentarem laudo médico comprovando sua patologia, além de *não* observar o disposto na RDC 38/2013, que dispõe sobre a obrigatoriedade do consentimento da Anvisa e a necessidade dos pacientes fazerem parte de um estudo controlado.

A norma utiliza-se ainda do disposto no artigo 197 da CF/88 para definir o uso da FOS como sendo de relevância pública e permite desde a produção até a dispensação do medicamento. Porém, deixa de abranger quem realizará esses procedimentos, *não levando em consideração que o laboratório* no qual elas estavam sendo fabricadas, em princípio, *não estava de acordo com as Boas Práticas de Manipulação por se tratar de um laboratório químico e não farmacêutico como pode ser visto a seguir:*

Art. 1º Esta Lei autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Art. 2º Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes:

I - laudo médico que comprove o diagnóstico;

II - assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal.

Parágrafo único. A opção pelo uso voluntário da fosfoetanolamina sintética não exclui o direito de acesso a outras modalidades terapêuticas.

Art. 3º Fica definido como de relevância pública o uso da fosfoetanolamina sintética nos termos desta Lei.

Art. 4º Ficam permitidos a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância.

24 BRASIL. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm>. Acesso em: 10 jun 2017.

Parágrafo único. A produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação da fosfoetanolamina sintética somente são permitidas para agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

4. DECISÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Diante dos conflitos envolvendo a autorização do uso da fosfoetanolamina sintética, os interessados passaram a procurar a tutela judicial do direito à saúde.

Passamos a descrever algumas das questões enfrentadas pelo Poder Judiciário e as respectivas decisões.

4.1. DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) nº 5501

A Associação Médica Brasileira ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar²⁵ em face da Lei nº 13.269/2016. A tutela, com efeitos negativos, visava à suspensão da eficácia da lei, tendo sido deferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de maio de 2016.

Sua fundamentação baseou-se na ausência de testes em seres humanos e desconhecimento de seus efeitos (eficácia, efeitos adversos, toxicidade, entre outros) caracterizando a liberação da FOS para uso como incompatível com os direitos fundamentais consagrados na CF/88.

Segundo trecho extraído do voto do relator, ao viabilizar o composto para uso sem aprovação da Anvisa, o Estado deixou de cumprir com seu dever de assegurar o direito à saúde da população.

[...] Ao suspender a exigibilidade de registro sanitário da fosfoetanolamina sintética, o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos. [...]

25 STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – Med. Liminar – 5501**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5501&processo=5501>>. Acesso em 20 ago 2017.

Em outro voto, foi ressaltada a ofensa à Separação dos Poderes e a ausência de realização dos estudos clínicos obrigatórios, fatos que ao seu ver caracterizam requisitos importantes para o cabimento da medida cautelar.

O ministro Ricardo Lewandowski, tendo proferido voto favorável ao deferimento, elenca a interferência do parlamento na área farmacológica como um fator de risco à saúde da população. E completa:

[...] Não me parece admissível que hoje o Estado – sobretudo no campo tão sensível que é o campo da saúde, que diz respeito à vida e à dignidade da pessoa – possa agir irracionalmente, levando em conta razões de ordem metafísica ou fundado em suposições que não tenham base em evidências científicas. [...]

A apreciação da *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 5501, até o momento do término deste trabalho, não havia sido concluída.

4.2 DECISÕES PROFERIDAS PELO STJ

Foram proferidas, até o dia 23 de setembro de 2017, 3.910 decisões em âmbito de primeiro grau²⁶.

A primeira decisão foi publicada em 21 de abril de 2015²⁷ e a mais recente, em 19 de setembro de 2017²⁸. Esta última trata de ação de obrigação de fazer combinado com pedido de antecipação de tutela. O pedido envolve acesso ao composto produzido pelo laboratório PDT Pharma, o qual foi designado pelo governo para sintetizar a substância para ser utilizada apenas nos ensaios clínicos.

Julgado procedente, o juízo considerou, para proferir sua decisão, a gravidade da situação e a indicação médica e, por fim, foi determinado que o laboratório envolvido na lide, entregasse a substância durante tempo indeterminado, enquanto fosse necessário.

A antecipação da tutela foi confirmada, pois, o pedido de urgência havia sido concedido antes da decisão vinculante do STF, nos autos da ADI 5501.

26 TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Portal @e-saj - Consulta de julgados em 1º grau: Fosfoetanolamina**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>>. Acesso em: 23 set 2017.

27 Processo Digital nº: 1009218-98.2014.8.26.0566. Classe - Assunto Procedimento Ordinário - Fornecimento de Medicamentos. Requerente: Rudy Eduardo Uchôa de Azevedo. Requerido: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO USP e outro.

28 Processo Digital nº: 1001130-78.2016.8.26.0153 Classe - Assunto: Procedimento do Juizado Especial Cível - Obrigação de Fazer / Não Fazer (Antecipação de Tutela / Tutela Específica). Requerente: Carlos Alberto Rech. Requerido: Pdt Pharma Indústria e Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda.

Analisando algumas decisões proferidas no período dos últimos três anos, notou-se que não há unanimidade quanto ao julgamento relacionado ao fator principal relacionado à “obrigatoriedade de distribuição do composto”.

Quando favoráveis, o fundamento mais utilizado nas decisões trata de assegurar o direito à vida consagrado na Constituição Federal. Nas contrárias, leva-se em consideração a escassez de estudos que comprovem sua segurança.

4.3 PRODUÇÃO DA FOSFOETANOLAMINA COMO SUPLEMENTO ALIMENTAR

No início deste ano, começaram a ser veiculadas notícias sobre a comercialização da FOS como suplemento alimentar. Posto isso, a Anvisa publicou uma nota à imprensa²⁹ em 21 de fevereiro de 2017 a fim de esclarecer que: nunca houve qualquer pedido de registro para o composto, nem na forma de medicamento nem na forma de suplemento, algo imprescindível para sua comercialização segundo a legislação brasileira.

Outro ponto de suma importância é que para ser comercializado como suplemento, não podem haver alegações de indicações terapêuticas ou medicamentosas que possam iludir os consumidores levando em consideração a falta de comprovação científica. São vedadas alegações do gênero tanto em seu rótulo quanto em propagandas.

A finalidade de uso deve ser descrita na petição.

Neste diapasão, foram suspensas propagandas de dois produtos comercializados como suplemento alimentar com fosfoetanolamina em sua composição que alegavam efeitos terapêuticos em suas páginas do Facebook.

Dentre tantos alertas, a nota é concluída com o que foi reforçado durante todo o trabalho, a necessidade da realização de testes.

A Anvisa está de portas abertas a inovações e novos produtos. Mas o papel da Agência é proteger a saúde da população. Se há interesse na comercialização da fosfoetanolamina no Brasil, o caminho correto é que seus produtores apresentem o pedido de registro, com os devidos testes de qualidade, segurança e eficácia realizados, para ser analisado.

29 ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Nota sobre fosfoetanolamina como “suplemento alimentar”**. Publicado em: 21 fev 2017. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/nota-sobre-fosfoetanolamina-como-suplemento-alimentar/-/219201?inheritRedirect=false>. Acesso em: 23 set 2017.

5. CONCLUSÃO

Concluiu-se que a liberação da fosfoetanolamina sintética sem testes comprovando sua eficácia é incompatível com os preceitos determinados pela Constituição Federal, que asseguram o direito à saúde da população, impondo normas que regulamentam, com segurança, o exercício desse direito fundamental.

Os efeitos práticos, positivos descritos por aqueles que recorreram ao judiciário para a obtenção das cápsulas, podem ser devido a outros componentes encontrados em sua formulação, como um suplemento vitamínico que, num organismo debilitado pelos tratamentos convencionais pode levar a uma melhora significativa, levando a população a associar a uma droga milagrosa.

A interferência do Judiciário impondo determinadas ações ou obrigações, afastando a incidência da regulamentação técnica existente e em vigor, a outras disciplinas que possuem suas respectivas atribuições, no caso em questão, especificamente, o órgão responsável pelo registro de medicamentos (Anvisa), pode levar à insegurança jurídica e à falta de credibilidade nos órgãos regulamentares, inclusive acarretando em enorme retrocesso, sem aprofundar sobre a invasão de competência entre Poderes, caracterizando violação ao princípio da Separação dos Poderes.

Resta aguardar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501 e qual será a decisão final que vinculará a todos e, principalmente, se serão considerados os resultados dos ensaios clínicos que se encontram suspensos até o momento, imprescindíveis para garantir a tutela ao direito à saúde imposta pelo texto constitucional.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Nota sobre fosfoetanolamina como “suplemento alimentar”*. Publicado em: 21 fev 2017. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/nota-sobre-fosfoetanolamina-como-suplemento-alimentar/-/219201?inheritRedirect=false>. Acesso em: 23 set 2017.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Nota Técnica nº56/ 2015/SUMED/ ANVISA: Esclarecimentos sobre a fosfoetanolamina*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/349757/NOTA+T%C3%89CNICA+56+2015+-+SUMED+-+Esclarecimentos+sobre+a+fosoetanolamina/4b34c204-8924-4b14-9396-62224e7d1d8e>>. Acesso em: 15 set 2017.

- ANVISA. Agência de Vigilância Sanitária: *Número de produtos registrados pela Anvisa dobra em três anos*. Publicado em: 03 maio 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/05/numero-de-produtos-registrados-pela-anvisa-dobra-em-tres-anos>>. Acesso em: 22 jun 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago 2017.
- BRASIL. Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 10 jun 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm>. Acesso em: 10 jun 2017.
- BUSCATO, Marcela; RODRIGUES, Ana Helena. *Fosfoetanolamina sintética: a oferta de um milagre contra o câncer*. Publicado em: 11 out 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/10/fosfoetanolamina-sintetica-oferta-de-um-milagre-contra-o-cancer.html>>. Acesso em: 07 set 2017.
- CAMPOS, Ana Paula; OTUBO, Fábio. Como uma droga chega ao mercado: *Infográfico*. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2016/05/016-023_CAPA-Fosfo_243_NOVO.jpg>. Acesso em: 02 set 2017.
- CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. *Lei libera fosfoetanolamina para pacientes com câncer: Entidades médicas e Anvisa Manifestam preocupação com uso da substância sem testes em humanos*. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=2158>>. Acesso em: 15 jun 2017.
- FILHO, Manuel Alves. Unicamp: *Novos dados sobre a fosfoetanolamina*. Publicado em 23 mar 2016. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2016/03/23/novos-dados-sobre-fosfoetanolamina>>. Acesso em 10 jun 2017.
- HELENO, Caio Teixeira. *Drugs on demand: Controversy in Brazil over access to a purported cancer cure could set a harmful precedent*. Nature, vol 527. Publicado em: 26 nov 2015. Disponível em: <<http://www.indiaenvironmentportal.org.in/files/file/cancer%20drugs%20Brazil.pdf>>. Acesso em: 20 ago 2017.
- INCA. Instituto Nacional de Câncer: *O que é câncer?*. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=322>. Acesso em: 21 maio 2017.
- IQSC. Instituto de Química de São Carlos - Universidade de São Paulo: *Portaria IQSC 1389/2014 de 10 de junho de 2014*. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/files/2015/09/Portaria-distribuicao-de-medicamentos.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2017.

- JUNIOR, José de Felipe. *Fosfoetanolamina ou Cálcio-EAP – Dai a Cesar o que é de Cesar*. Publicado em: 03 nov 2015. Disponível em: <<http://www.medicinacomplementar.com.br/biblioteca/pdfs/Cancer/ca-5008.pdf>>. Acesso em: 27 ago 2017.
- KANO-SUEOKA, Tamiko; et al. *Phosphoethanolamine as a growth factor of a mammary carcinoma cell line of rat*. Publicado em: nov 1979. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/76/11/5741.full.pdf>>. Acesso em: 09 ago 2017.
- LOPES, Adriana Dias. O médico que vale ouro: O Oncologista – que recebeu uma fortuna para trocar o Sírio-Libanês pela Rede D'Or – fala do salto extraordinário na luta contra o câncer. Revista Veja: ed nº 2550, 4 out 2017.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução – RDC nº 38, de 12 de agosto de 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html>. Acesso em 03 set 2017.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (MS). Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos – Departamento de Ciência e Tecnologia: *Relatório de Atividades do Grupo de Trabalho sobre a Fosfoetanolamina*. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/ciencia/SEPED/Saude/fosfoetanolamina/arquivos/22-12-2015-Relatorio-de-Atividades-do-Grupo-de-Trabalho-sobre-a-Fosfoetanolamina.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2017.
- ONU BR. Nações Unidas no Brasil: OMS: *câncer mata 8,8 milhões de pessoas anualmente no mundo*. Publicado em: 3 fev 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-cancer-mata-88-milhoes-de-pessoas-anualmente-no-mundo/>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- PAUMGARTTEN, Francisco José Roma. Vigilância Sanitária em Debate - Sociedade, Ciência & Tecnologia INCQS/FIOCRUZ: *Sobre a alegada eficácia anticâncer da pílula de fosfoetanolamina, fragilidade da evidência científica e preocupações éticas*. Publicado em: 1 ago 2016. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/822>> Acesso em: 22 ago 2017.
- REGO, Juliana Florinda M. et al. A “miracle” cancer drug in the era of social media: A survey of Brazilian oncologists’ opinions and experience with phosphoethanolamine. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 63, n. 1, p. 70-77, Jan. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302017000100070&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 maio 2017.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Pedido de Patente - PI0800460-9 – *Nova metodologia de síntese da fosfoetanolamina na forma sólida com cálcio, magnésio e zinco e na forma de solução com monoetanolamina*. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/jerbialdo/deposito-de-patente-da-fosfoetanolamina>>. Acesso em: 24 set 2017.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Pedido de Patente - PI0800463-3 – *Fosfoetanolamina como precursor de fosfolípídeo para correção de disfunções celulares e metabólicas*. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/jerbialdo/patente-da-substancia-sinttica-fosfoetanolamina-pi-0800463>>. Acesso em: 24 set 2017.

- SARRAF, Jonathan Souza; et al. *Uso Inadvertido da Fosfoetanolamina Sintética no Brasil: Por que se Preocupar?*. Publicado em: 13 abr 2016. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/rbc/n_62/v01/pdf/08-artigo-opinio-uso-inadvertido-da-fosfoetanolamina-sintetica-no-brasil-por-que-se-preocupar.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.
- SBCO. Sociedade Brasileira de Cirurgia Oncológica: *O que é câncer?* Disponível em: <<http://www.sbco.org.br/comunidade/o-que-e-cancer/>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- SBPPC. Sociedade Brasileira de Profissionais em Pesquisa Clínica: *Fosfoetanolamina – Instituto do Câncer suspende testes devido à ausência de benefício clínico significativo*. Publicado em 31 mar 2017. Disponível em: <http://www.sbppc.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=2903&Itemid=1>. Acesso em: 15 jun 2017.
- STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Med. Liminar – 5501. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/ver_PeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5501&processo=5501>. Acesso em 20 ago 2017.
- STF. Supremo Tribunal Federal: Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501, de 19 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5501&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 set 2017.
- TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. Portal @e-saj - Consulta de julgados em 1º grau: Fosfoetanolamina. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>>. Acesso em: 23 set 2017.
- USP. Universidade de São Paulo: *USP divulga comunicado sobre a substância fosfoetanolamina*. Publicado em: 13 out 2015. Disponível em: <<http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- WHO. World Health Organization: *10 facts about cancer*. Disponível em: <<http://www.who.int/features/factfiles/cancer/en/>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- WHO. World Health Organization: *Cancer*. Disponível em: <<http://www.who.int/cancer/en/>>. Acesso em: 21 maio 2017.





INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

1. A REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE – RBDS é uma publicação nacional, com periodicidade semestral, em via eletrônica, que tem como objetivos promover, sob a perspectiva jurídica:
 - I - a discussão de temas relacionados à prestação de serviços na área da Saúde;
 - II - ampliar a divulgação do entendimento dos Tribunais sobre o tema;
 - e
 - III - mobilizar a sociedade em torno de questões que afetam o direito fundamental à saúde.
2. Serão publicados manuscritos – artigos, pareceres, jurisprudência comentada, resenhas e atos normativos comentados – preferencialmente inéditos, de autoria individual ou coletiva.
3. Os manuscritos devem ser enviados ao Coordenador Científico da REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE, Prof. Dr. Fernando Mânica, através do endereço eletrônico fernando@advcom.com.br.

4. O envio do manuscrito indica concordância com as normas Revista e implica autorização para sua publicação.
5. O Coordenador Científico, responsável pela organização e publicação do periódico, 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*.
6. Os trabalhos deverão seguir as normas de padronização para envio de artigos da RBDS.
7. 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.
8. Informações sobre a publicação podem ser encontradas no endereço: www.femipa.org.br

Fernando Borges Mânica
Coordenador Científico



NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS

1 Os manuscritos apresentados à REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE 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. Responsabilidade civil do Estado: 2.1 Breve análise do desenvolvimento histórico; 2.2 Responsabilidade por atos não administrativos: 2.2.1 Responsabilidade do Estado Legislador;

- 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.

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 seqüencial 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 o uso preferencial de 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, utilizando o espaçamento entre linhas simples e tamanho da 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 Exige-se que o corpo do email contenha informações do autor, como titulações, telefone, endereço e e-mail.
- 5 Ressalta-se que 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



FEMIPA

FEDERAÇÃO DAS UNIDADES DE MEDICINA
E HOSPÍTAIS REFERENCIAIS DO ESTADO DO PARANÁ