



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

Rua Paschoal Apóstolo Pitsica, 4810, 3º andar - Bairro: Agronômica - CEP: 88025-255 - Fone: (48)3251-2545 - Horário de atendimento: das 13h às 18h

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5025585-84.2019.4.04.7200/SC

AUTOR: SINDICATO DOS MEDICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de pedido de liminar em ação civil pública ajuizada por SINDICATO DOS MEDICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA em face de UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO e ESTADO DE SANTA CATARINA objetivando, em resumo, ordem para "[...] seja a norma Portaria n. 11 de 07 de janeiro de 2015, do Ministério da Saúde considerada afrontante ao arcabouço legal que rege a saúde e em última análise ao texto constitucional [...] [e] seja determinado ao Estado de Santa Catarina obrigação de não fazer, de modo liminar e preventivo, consistente em não adotar medidas que levem a implantação das indigitadas Casas de Parto Normal [...]".

Narra:

- O Ministério da Saúde inicialmente editou a PORTARIA Nº 904, DE 29 DE MAIO DE 2013, que regulamentou e instituiu os Centros de Parto Normal no Brasil, no âmbito o SUS. Posteriormente, tal norma fora revogada pela Portaria GM/MS n. 11 de 07 de janeiro de 2011, fazendo surgir a atual Portaria n. 11 de 07 de janeiro de 2015, também do Ministério da Saúde. Por sua vez, o Estado de Santa Catarina, imbuído e com supedâneo nas normas acima citadas, visa entabular convênios com hospitais da região para a instalação da primeira Casa de Parto Normal em nosso estado, mais precisamente na capital Florianópolis.[...]

- segundo as regras técnicas, mesmo gestações consideradas de risco habitual tem risco e estão sujeitas a complicações (descolamento prematuro de placenta, hemorragias, rotura uterina, acidentes vasculares, embolia amniótica, anafilaxias, dentre outras); [...]

- [a maior parte dos óbitos maternos ocorre durante o trabalho de parto, parto e nas primeiras 24 horas pós-parto] [...] [e] [o atendimento ao parto por profissionais habilitados reduz de 20 a 30% as taxas de mortalidade neonatal e emprego de técnicas de reanimação imediatas reduz mais 5 a 20% nessas taxas];

- A respiração precisa ser iniciada nos primeiros 60 segundos de vida, o chamado "Minuto de Ouro". O risco de morte ou lesão cerebral aumenta em 16% a cada 30 segundos de demora para iniciar a ventilação após o nascimento, independente do peso ao nascer, da idade gestacional ou de complicações na gravidez ou no parto (Resuscitation, 2012; BJOG, 2015). Por isso, é fundamental que os procedimentos de reanimação neonatal sejam iniciados de forma imediata, por profissionais com conhecimento, treinamento, habilidade e experiência.

- No Brasil, de 2005 a 2010, as causas associadas à asfixia perinatal foram responsáveis por 5 a 6 mortes neonatais precoces por dia em recém-nascidos de baixo risco, com peso ao nascer maior ou igual a 2.500 gramas e sem malformações congênicas; [...]



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

- O local do nascimento exige os seguintes pré-requisitos de segurança: materiais e equipamentos adequados; equipe treinada, experiente e com formação reconhecida para o atendimento da mãe e do recém-nascido; e, capacidade de resolução imediata das situações de emergência relacionadas à mãe e ao recém-nascido (Portaria MS Nº 930, de 10/05/12; Diretrizes de reanimação neonatal, SBP, 2016).

Sustenta:

- direito da gestante ao acompanhamento especializado durante a gravidez (Lei 9.263/1996);

- direito da criança ao nascimento sadio (ECA, art. 7º), inclusive a alta hospitalar como requisito (ECA, art. 8º, §§3º e 8º);

- "A Organização Mundial de Saúde (OMS) publicou esse ano um documento com as recomendações à assistência ao parto, baseado nas evidências científicas atuais. As práticas foram divididas em recomendadas, não recomendadas e aquelas recomendadas apenas em contextos específicos. A assistência obstétrica liderada pela "midwife" não consta das práticas consideradas recomendadas de maneira geral. Esse modelo de assistência pode ter recomendação em situações específicas";

- estudos científicos demonstram aumento estatístico no número de óbitos de recém-nascidos em procedimentos realizados por enfermeiras ou *midwife* fora dos hospitais (na Holanda, mais do dobro de óbitos, além de 3,6 vezes mais mortalidade perinatal e 2,6 vezes mais internações em UTI neonatal; na Inglaterra, mortalidade neonatal 1,75 maior, taxa de transferência para o hospital de 45% com tempo de deslocamento relevante para a sobrevivência do recém-nascido; nos EUA, recém-nascido com Apgar zero no 5º minuto 3,5 vezes e de dano neurológico duas vezes maior nos centros de parto normal atendidos por enfermeiras, quando comparados com o parto hospitalar, e mortalidade perinatal 2,4 maior nos partos fora do hospital comparados com os partos hospitalares);

- critérios do COFEN para habilitação de enfermeiras são insuficientes, pois exigem apenas realização de 15 consultas pré-natais, assistência a 20 partos normais e 15 atendimentos de recém-natos para habilitação obstétrica (Resolução nº 516/2016), enquanto "a formação exigida para que um médico obtenha título de especialista em obstetria e pediatria demanda, no mínimo, três anos de residência médica, com mais de 8.600 horas de atividades práticas e teóricas; e nos países em que a assistência obstétrica envolve uma maior autonomia da *midwife*, o curso de formação é geralmente superior a três anos e com uma prática supervisionada bastante significativa";

- incidência do art. 4º, da Lei 12482/2013 (Lei do Ato médico) quanto às atividades privativas para indicação de intervenção cirúrgica, prescrição e execução de cuidados pré e pós operatórios, prognóstico, indicação de internação e alta médica;

- restrição das atividades das enfermeiras para apenas quando parte de equipe de saúde, conforme art. 11, da Lei 7498/1986;

Foram solicitadas informações nos termos do art. 2º da Lei nº 8.437/92 (event 3).

5025585-84.2019.4.04.7200

720005521301.V41



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

ESTADO DE SANTA CATARINA aduziu:

[...] Diante da Portaria do Ministério da Saúde 11/2015, que regulamentou e instituiu os Centros de Parto Normal no Brasil, a Secretaria de Estado da Saúde recebeu ofício oriundo do Instituto Federal de Santa Catarina (pessoa jurídica de direito público) acerca da solicitação de parceria para a implantação de projeto na autarquia federal. Posteriormente, a Defensoria Pública da União ajuizou reclamação pré-processual n. 5018319-46.2019.4.04.7200, contra a UFSC e posteriormente contra o Estado de Santa Catarina, no qual se postulou a indicação de hospital de referência de um dos referidos entes para a apresentação de projeto do IFSC perante o Ministério da Saúde. Em longa audiência de conciliação, o ente estadual indicou a Maternidade Carmela Dutra como referência para o projeto, mas desde logo salientou que não se responsabilizaria por custeio ou investimentos necessários para a implantação do projeto de Centro de Parto Normal em questão. Então, a participação do Estado de Santa Catarina no assunto se limitou a indicar um estabelecimento hospitalar de referência [...] (evento 8).

Assinalou, também, estar observando os ditames legais e normativos infralegais e que há precedente da 2ª Região Federal autorizando Centros de Parto Normais para gestações de baixo risco sem obrigatoriedade de presença de médico.

A UNIÃO se manifestou arguindo, preliminarmente, [1] a ilegitimidade ativa do Sindicato; [2] a possibilidade de interesse e legitimidade passiva da DPU e do MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS, diante o acordo extrajudicial ocorrido nos autos da Reclamação Pré-Processual nº 5018319-46.2019.4.04.7200 cujo objeto era implantação de um Centro de Parto Normal; [3] inadequação da ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade; e, no mérito, não há participação de entidade federal na lide (evento 11).

Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva e determinada a intimação para, querendo, se manifestarem intimação da DPU, IFSC e Município de Florianópolis (evento 14).

A UNIÃO se manifestou novamente requerendo a intimação do MPF (evento 20).

A DPU requereu a inclusão no feito como "amicus curiae" e sustentou a existência de título executivo judicial decorrente da homologação do acordo extrajudicial (evento 22).

A UNIÃO juntou novos documentos (evento 24).

O IFSC se manifestou requerendo ingresso no feito na qualidade de assistente ao aduzir "De acordo com as anexas informações da área técnica, embora a Reitoria do IFSC ainda não tenha formalmente assinado nenhum convênio, o Projeto da Casa de Parto Normal foi criado a partir de um grupo de professores da área de Enfermagem do Campus Florianópolis. A Reitoria encaminhou o Ofício nº 235/2019 (anexo) à Secretaria de Estado da Saúde de SC, solicitando o envolvimento oficial da Rede Cegonha, especialmente no que diz respeito à designação de maternidade de referência e outras providências, a fim de atender o que celebra a Portaria GM n. 11, de 07 de janeiro de 2015, para posterior encaminhamento das pactuações e convênios entre as partes envolvidas, quais sejam:

5025585-84.2019.4.04.7200

720005521301.V41



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

Secretaria Municipal de Saúde de Florianópolis, Instituto Federal de Santa Catarina e movimentos sociais como a Associação Brasileira de Enfermeiras Obstetras, Neonatais e Obstetras do Estado de Santa Catarina ABENFO – SC, Associação de Doulas de Santa Catarina – ADOSC, entre outros." (evento 25).

Vieram-me conclusos.

Relatado, decido.

Da adequação da via eleita/ausência de interesse processual

Defende a União que a ação civil pública não pode ser usada para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos, sob a alegação de que se estaria substituindo a Ação Direta de Inconstitucionalidade e usurpando, assim, a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Sem razão, contudo.

O sistema jurídico brasileiro, no que se refere ao controle repressivo de constitucionalidade das leis e atos normativos realizado pelo Poder Judiciário, admite dois sistemas a saber: - controle concentrado (via de ação) e - controle difuso (via de exceção ou defesa). No primeiro, a declaração de inconstitucionalidade é o objeto principal da ação, diferentemente do segundo, no qual a apreciação da constitucionalidade ou não da lei traduz-se em questão incidental, indispensável ao julgamento do mérito.

No caso vertente, o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação federal insere-se na hipótese de controle difuso de constitucionalidade, apresentando-se como uma questão prejudicial, cuja averiguação compete a qualquer juiz ou tribunal, até mesmo *ex officio*.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *mutatis mutandis*:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, XX) EXPLORAÇÃO DE BINGOS E JOGOS ELETRÔNICOS. 1. O controle difuso da constitucionalidade é permitido a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer grau, uma vez que a questão da inconstitucionalidade é resolvida apenas incidentalmente, como matéria prejudicial. Não gera usurpação da competência do colendo STF o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, conforme precedentes do STJ e STF. 2. Os chamados "jogos de bingo" pertencem ao gênero "jogos de azar", porquanto o ganho e a perda dependem do acaso, de resultado completamente imprevisível. No vocábulo "sorteios" inserto no inc. XX do art. 22 da Constituição da República estão contidos os "jogos de bingo", firmando a competência privativa da União para legislar a respeito, o que feito por meio das Leis 8.672/1993, 9.615/1998, 9.981/2000. 3. Tendo em vista a revogação dos arts. 59 a 81 da Lei n.º 9.615/98, promovida pela Lei n.º 9.981/00, a atividade de exploração de "jogos de bingo" foi proibida em todo o território nacional, pelo menos enquanto não for editada a Lei Federal destinada a regular a matéria. (TRF4, AG 2004.04.01.041848-3, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, publicado em 27/04/2005)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

Analisando-se a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, é possível verificar-se, ainda, que mencionada corte orientou-se no sentido de que a eficácia *erga omnes* de decisão proferida em ação civil pública, atribuída pelo art. 16 da Lei 7.347/85, não subtrai o julgamento do controle de constitucionalidade das instâncias superiores, inclusive do próprio Supremo (via Recurso Extraordinário), consoante decidido na Reclamação nº 611/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 01.04.1998.

Nesse sentido, leia-se a seguinte decisão proferida no âmbito do egrégio Supremo Tribunal Federal, por sua ementa abaixo transcrita:

*1. Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação do réu ao pagamento da "diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença". 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu "uma **inconstitucionalidade** no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar". (...) 7. **Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgamento do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar***

(RCL 600 / SP, Plenário, Relator Min. Néri da Silveira, julgado em 3.9.1997)

Assim, rejeito a preliminar.

Da conciliação pré-processual/coisa julgada/litispêndência.

A União informou a existência de acordo homologado em sede de representação pré-processual.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

Ocorre, contudo, que tal fato não obsta o prosseguimento da presente ação, por várias razões.

A uma, conforme a regulamentação do procedimento (TRF4, Resolução 15/2017, com alterações da Resolução 74/2019), a deflagração da representação pré-processual "*não induz prevenção, interrupção de prescrição e constituição em mora, nem torna litigiosa a coisa em relação a qualquer das partes envolvidas*" (art. 3º). Logo, não se trata de ação distribuída regularmente a juízo competente para homologação judicial e nem impede a propositura da referida demanda.

A duas, referido procedimento, apesar do trâmite perante órgão jurisdicional, não é uma ação ou processo judicial (*tanto que não é distribuído, não gera prevenção e nem os efeitos materiais da citação, conforme supra mencionado*), mas procedimento extrajudicial, cuja homologação tem o mesmo efeito de acordo firmado entre as partes. Ressalvo que, embora referido ato normativo preveja força de título judicial, tal consideração foge ao disposto no CPC, que prevê tal força apenas às homologações decorrentes de procedimento judicial instaurado regularmente (CPC, art. 487, III, "b"), sendo tal acordo título executivo extrajudicial, ainda que homologado pela Defensoria, Ministério Público ou conciliador designado pelo Tribunal (CPC, art. 784, IV).

A três, ainda que se admita se tratar de acordo com força de título judicial, ele não faz efeitos perante terceiros que não participaram da referida transação, nos termos do art. 506, do CPC ("*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*").

Logo, referido acordo é tomado como fato relevante para a lide, mas não como impeditivo à sua deflagração e resolução.

Do pedido de liminar

Passo, então, ao exame do objeto da liminar pretendida.

Prevê o artigo 12 da Lei 7347/1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP):

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. [...]

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil [...].

Diz o CPC/2015:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...]

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

Como se vê, são três requisitos para a concessão da liminar em tutela de urgência:

- [1] a probabilidade do direito (= “*fumus boni iuri*”);
- [2] o perigo na demora ou risco ao resultado útil (= “*periculum in mora*”); e
- [3] reversibilidade da medida.

Não basta um ou outro; **todos** os requisitos têm que estar presentes.

Passo a analisá-los individualmente à luz dos termos da petição inicial, e dos documentos que a acompanham, bem como dos fatos notórios amplamente divulgados (CPC/2015, art. 374).

[1] Plausabilidade do direito

Com relação ao primeiro requisito [1], como o Direito é formado por fatos que sofrem a incidência da norma jurídica, a plausabilidade das alegações do autor só existirá se [1.a] aqueles aspectos fáticos estiverem demonstrados por prova clara e inequívoca (tal como documentos que não deixem dúvida) e [1.b] os efeitos jurídicos forem aferíveis forem previstos expressamente por texto legal ou jurisprudência consolidada nos tribunais.

Para deixar claras as razões e a lógica dessa sentença, esclareço que é conquista do processo de civilização que o governo "dos homens" seja substituído pelo governo das "leis", tratando a todos igualmente e sem arbitrariedade ou caprichos de governantes. É uma evolução política e histórica defendida há séculos pelos filósofos, tais como Aristóteles e outros. Por isso, a Constituição (CF), no seu primeiro artigo deixa claro que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e, em seguida, diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não houver lei prevendo isso (CF, art. 5º, I) e nem perderá sua liberdade ou seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Tudo isso significa que o cidadão tem a sua conduta regida por critérios claros, prévios, públicos, objetivos e comuns a todos os demais integrantes da mesma Sociedade. Logo, o juiz não pode julgar conforme sua vontade individual e nem desconsiderar a lei, a não ser que esta lei seja flagrantemente contrária à própria Constituição, e, nesse caso, o juiz tem que deixar claro os motivos pelos quais entende haver inconstitucionalidade (CF, art. 93, IX), inclusive para controle dos órgãos hierarquicamente superiores (Tribunais e Cortes Superiores).

Passo, então, ao exame normativo da questão.

A Constituição Federal diz, dentre outros:

Art. 5º [...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...]



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

*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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) [...]*

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XXIII - seguridade social; [...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões: [...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; [...]

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. [...]

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. [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) [...]

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Como se vê, há uma intersecção dentre os planos dos direitos sociais ao trabalho e à saúde; ou seja, se de um lado cabe exclusivamente à União regulamentar as condições para exercício das profissões (art. 24, XVI), que, em regra, é livre, salvo as qualificações exigidas por lei (art. 5º, XIII); de outro, cabe a todas as esferas federadas o dever de fiscalizar e regulamentar as ações de saúde (art. 197), sendo dever (e não direito) dos pais e do Estado (em sentido amplo) de assegurar à criança o direito à vida e à saúde (art. 227 e 229).

Ao regulamentar a atividade médica, a Lei 12842/2013 disse:

Art. 4º São atividades privativas do médico: [...]



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

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; [...]

X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;

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

§ 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. [...]

§ 5º Excetuam-se do rol de atividades privativas do médico:

I - (VETADO);

II - (VETADO);

III - aspiração nasofaríngea ou orotraqueal;

IV - (VETADO);

V - realização de curativo com desbridamento até o limite do tecido subcutâneo, sem a necessidade de tratamento cirúrgico;

VI - atendimento à pessoa sob risco de morte iminente;

VII - realização de exames citopatológicos e seus respectivos laudos;

VIII - coleta de material biológico para realização de análises clínico-laboratoriais;

IX - procedimentos realizados através de orifícios naturais em estruturas anatômicas visando à recuperação físico-funcional e não comprometendo a estrutura celular e tecidual.[...]

Como se vê, há duas atividades expressamente determinadas pela lei como privativas dos médicos: a determinação do prognóstico e indicação de internação ou alta.

A Lei 7498/1986, que regulamenta o exercício da enfermagem, por sua vez, prescreve:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

Art. 11. O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe:

I - privativamente:

a) direção do órgão de enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública e privada, e chefia de serviço e de unidade de enfermagem;

b) organização e direção dos serviços de enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;

c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de enfermagem;

d) (VETADO);

e) (VETADO);

f) (VETADO);

g) (VETADO);

h) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de enfermagem;

i) consulta de enfermagem;

j) prescrição da assistência de enfermagem;

l) cuidados diretos de enfermagem a pacientes graves com risco de vida;

m) cuidados de enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos de base científica e capacidade de tomar decisões imediatas;

II - como integrante da equipe de saúde:

a) participação no planejamento, execução e avaliação da programação de saúde;

b) participação na elaboração, execução e avaliação dos planos assistenciais de saúde;

c) prescrição de medicamentos estabelecidos em programas de saúde pública e em rotina aprovada pela instituição de saúde;

d) participação em projetos de construção ou reforma de unidades de internação;

e) prevenção e controle sistemático da infecção hospitalar e de doenças transmissíveis em geral;

f) prevenção e controle sistemático de danos que possam ser causados à clientela durante a assistência de enfermagem;

g) assistência de enfermagem à gestante, parturiente e puérpera;

h) acompanhamento da evolução e do trabalho de parto;



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

i) execução do parto sem distocia;

j) educação visando à melhoria de saúde da população.

Parágrafo único. As profissionais referidas no inciso II do art. 6º desta lei incumbe, ainda:

a) assistência à parturiente e ao parto normal;

b) identificação das distocias obstétricas e tomada de providências até a chegada do médico;

c) realização de episiotomia e episiorrafia e aplicação de anestesia local, quando necessária.

Como se vê, em relação às profissionais de enfermagem, não há previsão legal de sua atribuição como responsável técnico pelos procedimentos de internação ou prognóstico de doença ou intervenção cirúrgica.

Em outras palavras, ainda que possam realizar treinamento técnico específico, estes profissionais não tem, pela lei, a atribuição de antecipar se haverá, ou não, risco no parto (porque não pode fazer prognóstico) e nem podem determinar a internação ou alta sem exame de um médico.

Aliás, mesmo para o caso de prescrição de tratamento, a atribuição do enfermeiro se dá quando integrado em equipe de saúde, conceito não detalhado pela lei, mas que, indubitavelmente, compreende a necessidade de profissional médico, porque a referida lei do ato médico é posterior, o que implicaria a revogação parcial desta naquilo que fosse contrário (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 2º, §2º).

Sobre a constitucionalidade da medida prevista, deve-se ter como diretriz o **postulado da presunção da constitucionalidade das leis**; isto é, a de que o conflito ou colisão entre valores e princípios constitucionais é, em regra, sopesada pelo Poder Legislativo quando expede a lei regulamentadora. Ou, como bem lembrava o saudoso ministro e doutrinador, Teori Savascki, a tensão entre os direitos fundamentais é resolvida por relação específica de preponderância ditada por soluções de concordância prática fixadas tanto pela via legislativa quanto pela judicial, tal como se dá no regramento da antecipação da tutela, que harmoniza o direito à efetividade da jurisdição com o direito à segurança jurídica e contraditório (ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 3a ed. rev. e ampl. SP: Saraiva, 2000, p. 58/64).

Ora, é de se levar em conta, portanto, que, durante a tramitação do processo legislativo, os diversos fatores ligados à validade constitucional da nova norma foram, sim, aferidos e levados em conta pelos representantes dos cidadãos na Câmara dos Deputados (CF, art. 45) e dos Estados no Senado Federal (CF, art. 46).

Sob este aspecto, esta interpretação e controle prévios têm sua legitimidade não apenas do exame técnico realizado durante o processo legislativo, mas sim, e principalmente, da própria legitimidade democrática derivada da conjugação da vontade popular com o amparo constitucional relativo à forma de investidura no cargo.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

Como bem sustenta Celso de Albuquerque Silva: “[...] o princípio da presunção de constitucionalidade das leis decorre do próprio Estado de Direito, da separação de funções, sendo certo que é a própria Constituição que outorga esta primazia ao Poder Legislativo, quando lhe incumbe a tarefa de concretizá-la mediante a edição das normas ordinárias que lhe darão plena operatividade” (SILVA, Celso. Interpretação Constitucional Operativa, p. 58).

Um bom exemplo deste princípio da presunção da constitucionalidade das leis é a necessidade de decisão do plenário de um tribunal para declarar a inconstitucionalidade (CF, art. 97).

Disso surgem duas conseqüências práticas: [a] na dúvida, a norma deve ser declarada constitucional (*a inconstitucionalidade não se presume*); [b] se houver mais de uma interpretação da norma, deve ser acolhida a que seja constitucional. Enquanto a primeira tem sua matriz no constitucionalismo norte-americano; a segunda é construção da jurisprudência alemã da qual derivou a “interpretação conforme a constituição”, mecanismo de controle de constitucionalidade parcial sem redução de texto. Este princípio só pode ser utilizado quando há um espaço de decisão e deve ser utilizado com parcimônia, para evitar a extensão indevida do escopo da norma, o que implicaria papel de “legislador positivo” (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição, p. 167/187).

Aliás, a primeira conseqüência decorrente do princípio da presunção de constitucionalidade das leis é chamada pela doutrina norte-americana de “*princípio da deferência legislativa, pelo qual não se declara a inconstitucionalidade de uma lei em um caso duvidoso. Assim, a inconstitucionalidade da lei só pode ser declarada quando o vício de ilegitimidade for constatado fora de toda dúvida razoável*” (SILVA, Celso. Interpretação Constitucional Operativa, p. 58/59).

Por exemplo, ao tratar das normas administrativas de trânsito, o legislador pondera o direito fundamental à locomoção com o valor da segurança da coletividade e prevê regras tanto penais quanto administrativas para aquele. Desse modo, um mesmo fato ilícito (*excesso de velocidade*) pode implicar tanto a sanção administrativa (*quando é desconsiderado o elemento subjetivo do infrator*) quanto sanção penal (*desde que presente o dolo ou culpa, conforme o tipo penal violado, além de outros requisitos*).

"Mutatis mutandis", o regramento das normas de atribuições profissionais dos agentes de saúde pressupõe o exame dos currículos e experiência necessários para a prática dos atos técnicos, inclusive pelo dever do Estado de regulamentar e fiscalizar a adequada preparação destes.

Por fim, tocante às profissionais doulas, mencionadas na nota conjunta ABENFO-SC e ADOSC (Associação Brasileira de Enfermeiros Obstetras, Neonatais e obstetras do Estado de Santa Catarina), que refere à Lei Estadual 16/869/2016, que regulamentaria a atividade de doula, ou seja, "*o acompanhantes de parto escolhidas livremente pelas gestantes e parturientes que visam prestar suporte contínuo à gestante no ciclo gravídico-puerperal, favorecendo a evolução do parto e bem-estar da gestante, com certificação ocupacional em curso para essa finalidade*", que, em conjunto com as enfermeiras, ficariam como responsáveis técnicas "*pelo acompanhamento de mulheres*



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

durante o pré-natal, trabalho de parto, parto e pós-parto, bem como pela definição de condutas que assegurem o melhor desfecho possível para o binômio mãe-bebê, após avaliação dos sinais e sintomas, compete à enfermeira obstetra e/ou obstetritz" (evento 22, doc 8), embora a referida lei estadual não esteja presente nos autos, ela não poderia contrariar as referidas leis federais, sob pena de inconstitucionalidade pela falta de competência legislativa do Estado para tal matéria (CF, art. 24, XVI).

Assim, do ponto de vista técnico-jurídico, resta claro que as atividades obstétricas, tais como as mencionadas na inicial e discutidas na implantação do Centro de Parto, exigem a presença de profissional habilitado (médico).

Sem a presença deste, do ponto de vista jurídico, a realização de procedimento por enfermeira ou doula poderia inclusive implicar a imperícia técnica prevista como causa penal da modalidade culposa na ocorrência de qualquer lesão à integridade física ou à vida da parturiente ou da criança (CP, art. 18, II; "*Diz-se o crime: [...] culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*").

Neste ponto, a Resolução COFEN 223/1999, estabelecendo que a realização do parto normal sem distocia seria da competência de Enfermeiros (evento 8, doc 18), padece de ilegalidade, porque contraria o texto das Leis mencionadas, extrapolando do poder regulamentar.

O mesmo ocorre com a Portaria 11, do Ministério da Saúde, de 2015.

Ela prevê, dentre outros:

Art. 1º Esta Portaria redefine as diretrizes para implantação e habilitação de Centro de Parto Normal (CPN), no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), para o atendimento à mulher e ao recém-nascido no momento do parto e do nascimento, em conformidade com o Componente PARTO E NASCIMENTO da Rede Cegonha, e dispõe sobre os respectivos incentivos financeiros de investimento, custeio e custeio mensal.

Art. 2º Para efeito desta Portaria, considera-se:

I - alojamento conjunto: uma unidade de cuidados hospitalares em que o recém-nascido sadio, logo após o nascimento, permanece ao lado da mãe, 24 (vinte e quatro) horas por dia, no mesmo ambiente, até a alta hospitalar;

II - atenção humanizada ao parto e nascimento: respeito ao parto como experiência pessoal, cultural, sexual e familiar; fundamentada no protagonismo e autonomia da mulher; que participa ativamente com a equipe das decisões referentes ao seu parto;

III - gestação de baixo risco: gestação na qual os fatores de risco indicam que a morbimortalidade materna e perinatal são iguais ou menores do que as da população em geral, sem necessidade de se utilizar alta densidade tecnológica;

IV - parto de baixo risco: parturiente com gestação atual considerada de baixo risco e história reprodutiva sem fatores de risco materno e fetal, com avaliação obstétrica no momento da admissão que evidencie um trabalho de parto eutócico;



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

V - parto normal: trabalho de parto de início espontâneo, sem indução, sem aceleração, sem utilização de intervenções como fórceps ou cesariana e sem uso de anestesia geral, raquiana ou peridural durante o trabalho de parto e parto; e

VI - quarto pré-parto, parto e puerpério (PPP): espaço destinado ao pré-parto, parto e puerpério, privativo para cada mulher e seu acompanhante, onde a atenção aos períodos clínicos do parto e do nascimento ocorre no mesmo ambiente, da internação à alta, com ambiência adequada à Resolução - RDC nº 36/ANVISA, de 3 de junho de 2008, que dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal.

Art. 3º Constitui CPN a unidade de saúde destinada à assistência ao parto de baixo risco pertencente a um estabelecimento hospitalar, localizada em suas dependências internas ou imediações, nos termos desta Portaria.

§ 1º Os CPN são classificados em:

I - CPN Intra-Hospitalar (CPNi) Tipo I;

II - CPN Intra-Hospitalar (CPNi) Tipo II; e

III - CPN Peri-Hospitalar (CPNp).

[...]

Art. 4º São requisitos para a constituição da unidade como CPN:

I - possuir estrutura física e equipamentos mínimos, nos termos do art. 5º;

II - observar os requisitos específicos para cada tipo de CPN, nos termos dos art. 6º;

III - possuir a equipe mínima de que trata o art. 7º;

IV - possuir estabelecimento hospitalar de referência, observado o disposto no art. 8º; [...]

Art. 6º Cada tipo de CPN deverá observar aos seguintes requisitos específicos:

I - CPNi Tipo I:

a) estar localizado nas dependências internas do estabelecimento hospitalar;

b) possuir ambientes fins exclusivos da unidade, tais como recepção e sala de exames, quartos PPP, área de deambulação, posto de enfermagem e sala de serviço, podendo compartilhar os ambientes de apoio; e

c) garantir a permanência da mulher e do recém-nascido no quarto PPP, da admissão à alta;

II - CPNi Tipo II:

a) estar localizado nas dependências internas do estabelecimento hospitalar;

b) possuir ambientes compartilhados com o restante da maternidade, como recepção, sala de exames, posto de enfermagem, sala de serviço e outros ambientes de apoio; e



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

c) garantir a permanência da mulher e do recém-nascido no quarto PPP durante o pré-parto e parto, podendo, após o puerpério imediato, serem transferidos para o alojamento conjunto; e

III - CPNp:

a) estar localizado nas imediações do estabelecimento hospitalar de referência, a uma distância que deve ser percorrida em tempo inferior a 20 (vinte) minutos do respectivo estabelecimento, em unidades de transporte adequadas;

b) garantir a transferência da mulher e do recém-nascido para o estabelecimento hospitalar de referência, nos casos eventuais de risco ou intercorrências, em unidades de transporte adequadas, nas 24 (vinte e quatro) horas do dia e nos 7 (sete) dias da semana;

c) ter como referência os serviços de apoio do estabelecimento ao qual pertence ou está vinculado, nos termos do anexo I; e

d) garantir a permanência da mulher e do recém-nascido no quarto PPP, da admissão à alta.

§ 1º O requisito de que trata a alínea "a" do inciso III do "caput" poderá ser excepcionado quando os estabelecimentos de saúde forem considerados estratégicos para a qualificação da atenção obstétrica e neonatal na região e/ou no Município, mediante solicitação do gestor de saúde, após pactuação prévia na Comissão Intergestores Regional (CIR) e/ou na CIB, com inclusão do estabelecimento no Plano de Ação Regional da Rede Cegonha.

§ 2º Excepcionalmente, o CPNp poderá ser vinculado à Secretaria de Saúde Estadual, do Distrito Federal ou Municipal, desde que com referência hospitalar estabelecida, nos termos desta Portaria.

§ 3º O CPN poderá ser composto por:

I - 3 (três) quartos PPP, com produção mínima de 480 (quatrocentos e oitenta) partos anuais e média de 40 (quarenta) partos mensais; e

II - 5 (cinco) quartos PPP, com produção mínima de 840 (oitocentos e quarenta) partos anuais e média de 70 (setenta) partos mensais.

§ 4º A produção de partos anuais de que trata o § 2º será acompanhada periodicamente pelo gestor local de saúde e pelo Ministério da Saúde.

Art. 7º Cada CPN deverá possuir a seguinte equipe mínima:

I - CPNi Tipo I e Tipo II com 3 (três) quartos PPP:

a) 1 (um) enfermeiro obstétrico ou obstetriz como coordenador do cuidado, responsável técnico pelo CPN, sendo profissional horizontal com carga horária semanal de 40 (quarenta) horas de trabalho, 8 (oito) horas por dia;

b) 1 (um) enfermeiro obstétrico ou obstetriz com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana;

c) 1 (um) técnico de enfermagem com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana; e



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

d) 1 (um) auxiliar de serviços gerais com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana;

II - CPNi Tipo I e Tipo II com 5 (cinco) quartos PPP:

a) 1 (um) enfermeiro obstétrico ou obstetriz como coordenador do cuidado, responsável técnico pelo CPN, sendo profissional horizontal com carga horária semanal de trabalho de 40 (quarenta) horas, 8 (oito) horas por dia;

b) 1 (um) enfermeiro obstétrico ou obstetriz com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana;

c) 2 (dois) técnicos de enfermagem com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana; e

d) 1 (um) auxiliar de serviços gerais, com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana;

III - CPNp com 3 (três) quartos PPP:

a) 1 (um) enfermeiro obstétrico ou obstetriz como coordenador do cuidado, responsável técnico pelo CPN, sendo profissional horizontal com carga horária semanal de trabalho de 40 (quarenta) horas, 8 (oito) horas por dia;

b) enfermeiro obstétrico ou obstetriz com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana, nas seguintes quantidades mínimas:

1. 1 (um), durante a presença do coordenador do cuidado de que trata a alínea "a"; e

2. 2 (dois), durante as escalas noturnas, de finais de semana e feriados, bem como nas ausências prolongadas do coordenador do cuidado de que trata a alínea "a";

c) 1 (um) técnico de enfermagem com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana; e

d) 1 (um) auxiliar de serviços gerais, com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana; e

IV - CPNp com 5 (cinco) quartos PPP:

a) 1 (um) enfermeiro obstétrico ou obstetriz como coordenador do cuidado, responsável técnico pelo CPN, sendo profissional horizontal com carga horária semanal de trabalho de 40 (quarenta) horas, 8 (oito) horas por dia;

b) 2 (dois) enfermeiros obstétricos ou obstetrizes com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana;

c) 1 (um) técnico de enfermagem com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana; e

d) 1 (um) auxiliar de serviços gerais, com cobertura 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

§ 1º O enfermeiro obstétrico ou obstetrix coordenador do cuidado também exercerá as atividades de assistência relativas ao cuidado materno e neonatal.

§ 2º Os enfermeiros obstétricos que atuam nos CPN deverão apresentar certificado de especialista na área de enfermagem obstétrica, consubstanciado em especialização "latu sensu" ou programa de residência.

§ 3º O enfermeiro obstétrico ou obstetrix deverá dar continuidade aos cuidados materno e infantil no alojamento conjunto das mulheres e recém-nascidos assistidos no CPNi Tipo II, bem como alta hospitalar das mulheres com puerpério fisiológico e recém-nascidos saudáveis.

§ 4º A parteira tradicional poderá ser incluída no cuidado à mulher no CPN, em regime de colaboração com o enfermeiro obstétrico ou obstetrix, quando for considerado adequado, de acordo com as especificidades regionais e culturais e o desejo da mulher.

Art. 8º Cabe ao estabelecimento hospitalar de referência do CPN garantir equipe de retaguarda 24 (vinte e quatro) horas por dia, nos 7 (sete) dias da semana, composta por médico obstetra, médico anestesiologista e médico pediatra ou neonatologista, que prestará o pronto atendimento às solicitações e aos encaminhamentos da equipe do CPN.

Parágrafo único. Quando necessário, o estabelecimento hospitalar também deverá garantir o acesso da mulher e do recém nascido a profissionais de saúde de outras especialidades não elencadas no "caput".

Como se vê, a regulamentação do Ministério da Saúde, enquanto ato administrativo, embora goze da presunção de legitimidade, violou a previsão legal da Lei 12842/2013 ao prever a possibilidade de equipes de saúde mínimas sem a participação de responsável técnico médico. A ilegalidade da previsão normativa da atividade de enfermeiro obstétrica implica reflexa e diretamente a ilegalidade deste normativo que atribui àquele a responsabilidade técnica que a lei não lhe outorgou.

De fato, é clássica a lição:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim" (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 26a ed., SP: Malheiros, 2001, p. 82).

Nesse contexto, não há liberdade total do administrador para escolher os contornos do ato administrativo normativo como melhor lhe parecer, mas sim está submetido a uma moldura de possibilidades dentro daquilo que a lei expressamente lhe outorgar; ou seja, pode, conforme o caso, selecionar os critérios de conveniência e oportunidade, mas sempre dentro dos parâmetros legais.

Destaque-se, aliás, a manifestação do Hospital Universitário da UFSC, referente à proposta de parceria com o IFSC para criação do Centro de Parto Normal, aduzindo a necessidade de que o projeto contemple garantia de disponibilidade presencial de médicos especialistas e sala cirúrgica como condição para qualquer termo de cooperação (evento 8, doc 3).

5025585-84.2019.4.04.7200

720005521301.V41



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

Ressalto, ainda, que, do ponto de vista das evidências científicas, as informações técnicas trazidas pela inicial (*supra transcritas referentes ao incremento da mortalidade detectada nas práticas objeto dos autos*) foram confirmadas pela documentação apresentada pelo Estado de Santa Catarina, indicando, inclusive, que o endereço proposto para o CPN fica em distância cujo tempo de trânsito é superior à Portaria 11, de 2015, do Ministério da Saúde (evento 8, doc 4 a 7).

Por fim, nunca é demais lembrar que o regime jurídico constitucional brasileiro pressupõe uma concepção principialista do Direito Constitucional, pela qual a eficácia dos direitos fundamentais está ligada à idéia de que, como princípios, se traduzem em mandados de otimização, “*traduzindo um dever dos poderes públicos de extrair dessas normas a maior eficácia concreta possível*” (SCHÄFER, Jairo Gilberto. Direitos fundamentais: proteção e restrições, p. 59). Implica, ainda, reconhecer a possibilidade e a necessidade de “*limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva*” (SCHÄFER, Jairo Gilberto. Op. Cit., p. 61) do direito fundamental, seja (a) por restrições expressas no texto constitucional, seja (b) por limites implícitos (= imanentes) decorrentes da necessidade de compatibilizar direitos de indivíduos diferentes. Tudo isso porque “*a possibilidade teórica das restrições é inafastável, uma vez que os direitos convivem entre si numa sociedade democrática, estabelecendo limitações que têm por objetivo a harmonização das posições jurídicas*” (SCHÄFER, Jairo Gilberto. Ibid., p. 146).

Neste sentido, já é clássico o aresto:

[...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF, MS 23452-1/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, RTJ 173/805-810).

Essas limitações dos direitos fundamentais podem ser tanto internos (ou conformação) quanto externos, ou, ainda, decorrer de colisões entre direitos de titulares diferentes.

[1] De fato, os **limites internos** são configurados pelas cláusulas previstas no próprio texto constitucional, tal como na “reunião pacífica sem armas” (CF, art. 5º, XVI). Para alguns, representam limites internos ou conformações do próprio direito fundamental, pois, como no exemplo dado, a reunião com armas seria um não-direito; para outros, ela é uma **restrição diretamente constitucional**, pois o direito fundamental é restringido por uma cláusula restritiva expressa ou tácita, conforme o caso (STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 29-31).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

[2] Os **limites externos ou restrições indiretamente constitucionais** são os que decorrem de normas infraconstitucionais, mesmo quando a própria Constituição remete à lei. Podem ser: [1] reserva de lei ordinária, quando a Constituição, ao prever o direito fundamental, autoriza que a lei o restrinja, sem estabelecer limites a estas restrições (*ex: art. 5º, XV, que permite o ingresso no território brasileiro “na forma da lei”*); [2] reserva de lei qualificada, quando a lei autoriza a restrição, mas prevê certos pressupostos ou objetivos (*ex: art. 5º, XIII, que prevê a possibilidade de restringir o exercício de atividade profissional para estabelecer qualificações – pressuposto da restrição*); [3] reserva de lei geral, que são as limitações indiretas por leis que não são específicas quanto ao direito afetado, como no exemplo na proibição de produzir ruídos, que implica restrição à liberdade (STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 32-37).

[3] Por fim, os direitos também são restringíveis nas chamadas **colisões de direitos fundamentais**, ou seja, quando, no caso concreto, existem ambos os direitos constitucionais, porém um deles terá ceder diante do outro, porque eles implicam soluções contraditórias num caso concreto. É o que acontece, por exemplo, quando há duas pessoas com direito idêntico cuja defesa implica conflito (*ex: duas reuniões pacíficas marcadas para o mesmo lugar e horário*) ou quando a proteção de um gera a lesão a outro (*ex: o direito de resguardar a vida de um refém que só pode ser alcançado tirando a vida do sequestrador*), dentre outros. Nestes casos, a solução se dá pela criação de uma regra específica de prevalência. Esta solução de concordância prática, obtida a partir de regras de conformação, deve observar três princípios, [3a] necessidade, só é legítima a limitação ao direito fundamental se houver conflito real de direitos; [3b] a menor restrição possível, proibindo-se o excesso pela aplicação da metódica da proporcionalidade e [3c] salvaguarda do núcleo essencial de cada um dos direitos, tanto quanto possível (ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 3a ed. rev. e ampl.p. 58/63; STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 66).

Logo, nesta colisão de direitos multifacetada (médicos, enfermeiros, Estado, gestantes e criança), ainda que bem intencionada a medida de aumento da capacidade do serviço público pela facilitação do tratamento por profissionais não médicos, e mesmo que orientada para cumprimento da vontade dos pacientes, é de rigor lembrar que o texto constitucional dá primazia absoluta não à vontade dos pais (como se fosse direito destes), mas sim ao direito à saúde da criança (como dever daqueles). Não é por outro motivo, por exemplo, que no tocante à vacinação obrigatória, ainda que possa existir opinião leiga desinformada postulando a desobrigação, há interesse da criança a ser patrocinado, além do interesse público da saúde coletiva que implica o dever da vacinação, sob pena de aumento das endemias graves de risco, tal como sarampo. Logo, em certas esferas de atuação na saúde, não se trata de espaço de soberania da vontade ou do interesse privado, mas sim de observância das regras técnicas e científicas de preservação da saúde e da vida como corolário do interesse público primário. Neste caso, cabe ao Estado tomar as medidas necessárias para que a equipe presente no CPN seja compatível com as regras técnicas, e não reduzir o quadro e as despesas com risco concreto e demonstrado à saúde dos envolvidos. A economia orçamentária não pode ser feita prejudicando a incolumidade da criança.

Diante disso, configurada a plausibilidade do direito invocado e a verossimilhança das alegações.

5025585-84.2019.4.04.7200

720005521301.V41



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

[2] Perigo de Dano

Quanto ao perigo de dano [2], a pretensão do autor é de impedir a implantação das Casas de Parto Normal, tal como detalhado na inicial.

De fato, sobre o acordo firmado na reclamação pré-processual, a Diretora da Atenção Primária à Saúde informou que indicariam a Maternidade Carmela Dutra como referência para o projeto e que aguardam o projeto a ser apresentado pelo IFSC para apreciação do Ministério da Saúde (evento 8, doc 15; evento 25, doc 2 e doc 3) e há proposta de implantação da clínica escolar IFSC Campus Florianópolis, pelo Centro de Parto Normal Escola, prevendo recursos financeiros do Ministério da Saúde via Rede Cegonha, para cuidados de parto por enfermeiras obstétricas (evento 8, doc 22 e 23/40).

Porém, não vislumbro o risco de dano irreparável imediato que impeça o prosseguimento do projeto, desde que este, ao ser implantado, preveja a participação de médicos e sala cirúrgica ou rede de transporte em tempo hábil como preconizado pelo Ministério da Saúde.

Assim, a medida postulada não pode ser integralmente deferida, mas sim parcialmente, isto é, a previsão legal de exigência de participação de médico não impede a implantação da Casa de Parto Normal se esta obedecer aos ditames da lei e dos atos regulamentares.

Por isso, só há risco concreto de óbitos ou outras complicações decorrentes da implantação da Casa de Parto Normal se esta não observar os critérios exigidos pela área técnica do Hospital Universitário da UFSC, como disponibilidade presencial de médicos especialistas e sala cirúrgica como condição citados documento 3 do evento 8.

[3] Reversibilidade da medida

Por fim, tocante à **reversibilidade da medida**, tenho que esta ocorreria tanto na hipótese do deferimento integral do pedido quanto na possibilidade de restrição operacional citada no item anterior, porque, se acaso revertida a decisão após a instrução e contraditório pleno, o projeto pode ser retomado tal como está.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, defiro **PARCIALMENTE** o pedido para determinar às rés que só deem prosseguimento ao projeto de implantação de Casa de Parto Normal se observadas as condicionantes 1 a 4 citadas no documento 3 do evento 8, adaptando-o ao que for necessário para observância da Lei 12842/2013, além das já fixadas na Portaria 11/2015, do Ministério da Saúde, sob pena de multa de quinhentos mil reais (CPC, art. 139, IV, c/c, art. 537) e



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
4ª Vara Federal de Florianópolis

demais cominações cabíveis (CP, art. 319 e 330, c/c, CPP, art; 5º, I; CF, art. 37, §6º, c/c, Lei 8112/1992, art. 122, §2º; Lei 8112/1991, art. 116, I, IV, VII; art. 117, IV, XV; na forma do art. 116, XII, par. único; Lei 8429/1992, art. 11, II).

Intimem-se com urgência, inclusive o MPF (Lei 7347/1985, art. 5º, §1º).

Defiro o ingresso da DPU e do IFSC, conforme requerido.

Cite-se para oferecer contestação, no prazo de 30 (trinta) dias.

Nas hipóteses dos arts. 338, 343, 350 e 351, do Código de Processo Civil de 2015, intime-se a parte autora para manifestação, no prazo de 15 (quinze) dias.

Após, retornem conclusos para saneador e designação de audiência de conciliação.

Documento eletrônico assinado por **VILIAN BOLLMANN, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **720005521301v41** e do código CRC **aa579133**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): VILIAN BOLLMANN
Data e Hora: 3/12/2019, às 16:38:13

5025585-84.2019.4.04.7200

720005521301.V41