



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5005887-27.2020.4.04.0000/SC

AGRAVANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

AGRAVADO: CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL NOSSA SENHORA DOS PRAZERES

ADVOGADO: RODRIGO JUCHEM MACHADO LEAL (OAB SC020705)

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AMICUS CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

INTERESSADO: ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERESSADO: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SANTA CATARINA - IF SANTA CATARINA

INTERESSADO: MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC

DESPACHO/DECISÃO

Este agravo de instrumento ataca decisão proferida pelo juiz federal Vilian Bollmann que deferiu pedido de liminar em ação civil pública, para a finalidade de determinar às rés que só deem prosseguimento ao projeto de implantação de Casa de Parto Normal se observadas algumas condicionantes.

Este é o teor da decisão agravada, naquilo que aqui interessa (evento 28 do processo originário):

(...)

[1] Plausibilidade do direito

Com relação ao primeiro requisito [1], como o Direito é formado por fatos que sofrem a incidência da norma jurídica, a plausibilidade 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 [...]

5005887-27.2020.4.04.0000

40001686724 .V11



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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

*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: [...]

I - (VETADO);



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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 Excetua-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:

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;



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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;

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;



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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.

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



Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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 consequência 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 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 obstetrix” (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 distócia 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:



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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;

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;



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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*
- 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:



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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

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



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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.

§ 1º O enfermeiro obstétrico ou obstetriz 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 obstetriz 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 obstetriz, 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).



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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).

*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 (= imanes) 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*



Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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).

[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.

[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.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

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 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).

(...)

A parte agravante pede a reforma da decisão, alegando que:

(a) não há nenhuma ilegalidade na Portaria n. 11 de 2015 do Ministério da Saúde, pois as atividades desenvolvidas no âmbito dos Centros de Parto Normal (CPN) não são atividades privativas da profissão de médico;

(b) a lei n. 7.498/86 é clara ao estabelecer a realização de um parto sem riscos como atividade legítima de enfermeiro;

(c) quando necessários procedimentos referentes a atividades privativas de médicos, a gestante sempre terá acompanhamento médico, razão pela qual a Portaria expressamente determina que os CPNs devem estar localizados dentro ou próximo de um estabelecimento hospitalar de referência que garanta equipe de retaguarda;



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

(d) ao editar a Portaria, o Ministério da Saúde levou em consideração todos os aspectos técnicos e fáticos relativos a criação dos Centros de Parto Normal, concluindo que seria um ganho para a saúde da população atendida pelo sistema;

(e) a pretensão autoral afronta o princípio da separação dos poderes;

(f) não há perigo da demora, uma vez que a parte autora não logrou êxito em demonstrar que algum Centro de Parto Normal (CPN) está em fase de implantação no Município de Florianópolis/SC.

Pede, assim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do agravo de instrumento para reformar a decisão agravada.

Relatei. Decido.

O deferimento de efeito suspensivo ao agravo de instrumento por decisão do relator, conforme previsto na regra do art. 995-parágrafo único do CPC, depende da presença simultânea de dois requisitos: (a) ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso; (b) estar configurado risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, caso a decisão agravada produza efeitos imediatamente.

Embora as alegações da parte agravante, julgo não estarem presentes os requisitos necessários para o deferimento do efeito suspensivo, entendendo deva ser, por enquanto, mantida a decisão agravada, por estes fundamentos:

(a) o juízo de origem está próximo das partes e dos fatos, devendo ser prestigiada sua apreciação dos fatos da causa, não existindo nos autos, nesse momento, situação que justificasse alteração do que foi decidido;

(b) a decisão agravada está suficientemente fundamentada, neste momento parecendo a este relator que aquele entendimento deva ser mantido porque bem equacionou as questões controvertidas;

(c) em nenhum momento o recorrente procurou apontar em que consistiria o risco de dano decorrente da tutela deferida pelo juízo de origem, sendo que a fundamentação do recurso, inclusive, aponta em sentido contrário, considerando a alegação de que nenhum Centro de Parto Normal (CPN) está em fase de implantação;

(d) a matéria efetivamente é complexa e pode trazer graves consequências de saúde pública, parecendo que a decisão tomada pelo juízo de origem, em sede liminar, é a mais acertada, pois não impede a implantação dos Centros de Parto Normal, desde que cumpridas as seguintes condicionantes (*"condicionantes 1 a 4 citadas no documento 3 do evento 8"*):



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

1. Garantia de disponibilidade presencial, em todos os períodos, de médicos especialistas em Obstetria e Pediatria no Centro de Parto Normal, ou sua implantação anexo à um Hospital ou Maternidade.
2. Disponibilidade de, pelo menos, dois médicos anestesistas na maternidade do HU/UFSC durante todo o tempo (atualmente só possuímos um).
3. Segunda sala cirúrgica equipada para procedimentos cirúrgicos e anestésicos dentro do Centro Obstétrico do HU/UFSC.
4. Equipe Médica e de Enfermagem suficiente para atender dois procedimentos cirúrgicos simultâneos no CO, além da assistência aos PPP e sala de parto.

(e) ao menos neste momento de análise sumária própria dos agravos de instrumento, entendo que tais condicionantes se mostram razoáveis e que visam a segurança daqueles que buscarem os Centros de Parto Normal, não havendo qualquer impedimento para que, ao final do processo, após o decorrer da instrução processual e maiores debates, conclusão diversa seja adotada;

(f) assim como o juízo de origem, verifico a probabilidade do direito nas alegações do autor, considerando que os artigos de lei citados pelo próprio agravante/réu neste agravo de instrumento, não parecem permitir a conclusão de que as atividades relativas ao parto poderiam ser realizadas sem a presença de médico, considerando que as atividades de "*assistência de enfermagem à gestante, parturiente e puérpera*", de "*acompanhamento da evolução e do trabalho de parto*", de "*execução do parto sem distocia*", atribuídas pela lei 7.498/86 ao enfermeiro, não são atribuição privativa do enfermeiro, mas sim atribuição do enfermeiro "*como integrante da equipe de saúde*", conforme previsto na lei:

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

I - privativamente:

(...)

II - como integrante da equipe de saúde:

(...)

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

h) acompanhamento da evolução e do trabalho de parto;

i) execução do parto sem distocia;

(g) observo que as atribuições previstas no parágrafo único do artigo 11 da lei 7.798/86, também não parecem permitir concluir que a atividade de parto possa ser realizada apenas por enfermeiro, sem a presença de médico:

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.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

(h) nesse contexto, parece ser o caso de manter a decisão agravada, que bem analisou a situação e resolveu de forma adequada o pedido liminar, não havendo, neste momento, maiores prejuízo para as partes com a liminar deferida e não havendo impedimento para que conclusão diversa seja adotada ao final do processo, em sede de cognição exauriente.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de efeito suspensivo.**

Intimem-se as partes, inclusive a parte agravada para contrarrazões.

Dispensio as informações. Se necessário, comunique-se ao juízo de origem.

Após, adotem-se as providências necessárias para julgamento (intimação do MPF e dos interessados; inclusão em pauta; etc).

Documento eletrônico assinado por **CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Desembargador Federal Relator**, 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 **40001686724v11** e do código CRC **06982ba1**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Data e Hora: 18/3/2020, às 11:54:41

5005887-27.2020.4.04.0000

40001686724 .V11