

BRASIL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DIREITO PENAL DA SAÚDE. CONTRABANDO. Decisão: Trata-se de habeas corpus impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial 1.389.364/PR. Em apertada síntese, segundo o descrito nas decisões antecedentes, a paciente foi denunciada pela suposta prática do delito previsto no artigo 273, °1º-B, I, III e V do Código Penal, em razão do apontado transporte de 18 (dezoito) cartelas de Rheumazin Forte e 09 (nove) cartelas de Atexin (totalizando 270 comprimidos). O Juiz singular, contudo, procedeu à desclassificação típica para fins de enquadramento no artigo 334 do Código Penal e, nessa linha, rejeitou a denúncia formulada sob o fundamento de incidência do Princípio da Insignificância. Mantida a capitulação jurídica, a sentença foi reformada pelo Tribunal Regional para o fim de afastar a aplicação do Princípio da Insignificância, providência posteriormente agasalhada pelo Superior Tribunal de Justiça. Pela incidência do Princípio da Insignificância, fundamenta o impetrante: “No tocante ao bem jurídico fazenda pública, constata-se que não houve qualquer dano significativo, a ponto de comprometê-la, já que os valores iludidos são insignificantes para o fisco federal. Quanto à saúde pública também não há provas de dano, uma vez que os medicamentos foram apreendidos e jamais chegaram a entrar em circulação. Assim, verifica-se que, em que pese a ré estivesse transportando mercadorias de origem estrangeira, caracterizando o tipo penal, não houve qualquer conduta por parte deste para classificar a antijuridicidade, sendo, portanto, exculpável sua conduta.” É o relatório. Decido. De início, destaco o entendimento da Corte pelo reconhecimento de que o delito de contrabando tutela não apenas o erário e a atividade arrecadatória estatal, mas também outros interesses, como a saúde, a moralidade pública, a ordem interna e a indústria nacional. Nesse sentido, diversos precedentes assentam que o Princípio da Insignificância é inaplicável nas hipóteses de prática de contrabando: HC 121892, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014; HC 118858, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013 e HC 118513, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013. Diante disso, manifestamente incabível a alegação de que,

na hipótese de contrabando, o reduzido valor da lesão fiscal configuraria causa de atipia material. Quanto à inofensividade em relação à saúde pública, ponto que o crime de contrabando é de natureza formal e, em tal condição, sua consumação não se condiciona à ocorrência de qualquer resultado naturalístico (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 8ª ed, Niterói/RJ: Impetus, 2014, p. 1.082 e BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 4ª ed, Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2009, p. 186.). Nessa ótica, a simples internação ilícita gera risco proibido ao bem jurídico e, em tais condições, legitima a censura penal. Isso porque, na hipótese de crime formal, a mera potencialidade lesiva decorrente da conduta do agente demarca o momento consumativo. Precedentes: RHC 123553 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 07/10/2014; RHC 106346, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/10/2012; RHC 110258, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012 e HC 119580, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014. Mesmo que assim não fosse, acrescento que o Supremo tem posição tradicional no sentido de que a aferição da insignificância, enquanto requisito negativo de tipicidade, exige ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. Precedentes: HC 126273 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 12/05/2015; HC 122547, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014 e RHC 122464 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014. A análise de tais circunstâncias, contudo, desafiaria o exame de fatos e provas, inclusive com imersão na quantidade e natureza dos produtos objeto do crime, nas circunstâncias da apontada importação proibida e nas condições pessoais da paciente. Tal providência, todavia, revela-se incompatível com a estreita via utilizada. Diante do exposto, com base no art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e no art. 21, §1º, do RISTF, nego seguimento ao habeas corpus. Publique-se. Intime-se. Brasília, 31 de agosto de 2015. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente (HC 129679, RELATOR(A): MIN. EDSON FACHIN, JULGADO EM 31/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-172 DIVULG 01/09/2015 PUBLIC 02/09/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. COMPETÊNCIA COMUM. SOLIDARIEDADE. DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fls. 169): “**DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SOLIDARIEDADE PASSIVA DOS ENTES FEDERADOS. MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS.** A responsabilidade solidária dos entes federados no que se refere ao fornecimento de medicamentos não implica a existência de litisconsórcio passivo necessário, podendo o autor escolher litigar somente contra um ou dois dos entes, não havendo a obrigatoriedade de inclusão dos demais. Configurada a necessidade do requerente de medicamento não fornecido pelo SUS, cabível a determinação do seu fornecimento pelo Estado

desde que comprovado, como no caso dos autos, ser o mesmo indispensável à saúde do requerente.” O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte sustenta a ocorrência de violação ao art. 196 da Constituição. A decisão agravada negou seguimento ao recurso sob o fundamento de que “o acórdão impugnado harmoniza-se com a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal”. O recurso extraordinário não deve ser provido, tendo em vista que a decisão recorrida está alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, após reconhecer a repercussão geral da matéria no RE 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, esta Corte, reafirmando a sua jurisprudência, entendeu que União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade. Veja-se a ementa do julgado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.” Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 31 de agosto de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso Relator. (ARE 864951, RELATOR(A): MIN. ROBERTO BARROSO, JULGADO EM 31/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-173 DIVULG 02/09/2015 PUBLIC 03/09/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. Decisão: Trata-se de agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário em face de acórdão da 1ª Turma Recursal Fazendária do Estado do Rio de Janeiro, o qual manteve a sentença que condenou a parte recorrente a proceder à realização de exames e cirurgia em favor do autor (eDOC 7). No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, sustenta-se violação dos artigos 2º; 5º, caput, 37, 167, 196, 197 e 198 do texto constitucional. Aponta-se que conceder a internação de paciente em hospital particular ofende especialmente o princípio da isonomia. É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. Destaco que a orientação firmada na jurisprudência deste Tribunal não é refratária à possibilidade de o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar à Administração Pública a adoção de medidas assecuratórias de direitos constitucionais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE.

PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 642.536-AgR/AP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.02.2013) “Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido”. (AI 809.018-AgR/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 10.10.2012) Em relação à teoria da reserva do possível, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende por sua inaplicabilidade em face de injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado. Ademais, a jurisprudência desta Corte também abona a possibilidade de controle jurisdicional na espécie, tendo em vista a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais na implementação de políticas públicas. A propósito, confira-se excerto da ementa da STA-AgR 223, Rel. p/ ac. Celso de Mello, DJe 9.4.2014, na qual o Pleno assim se pronunciou: “A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO [...] CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO)” Por fim, o Pleno do STF já assentou, em sede de repercussão geral (tema 793), a responsabilidade solidária dos entes federados para fins de fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados. Confira-se a ementa do RE-RG 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.3.2015: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.” Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, “a”, do CPC). Publique-se. Brasília, 31 de agosto de 2015. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente. (ARE 880089, RELATOR(A): MIN. GILMAR MENDES, JULGADO EM 31/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-173 DIVULG 02/09/2015 PUBLIC 03/09/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. COMPETÊNCIA COMUM. SOLIDARIEDADE. DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. JULGADO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INCS. XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: NECESSIDADE DE ANÁLISE PRÉVIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região: “ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. DO RESSARCIMENTO. MULTA. HONORÁRIOS. A legitimidade passiva de todos os entes federativos para ações que envolvem o fornecimento ou o custeio de medicamento resulta da atribuição de competência comum a eles, em matéria de direito à saúde, e da responsabilidade solidária decorrente da gestão tripartite do Sistema Único de Saúde (arts. 24, inciso II, e 198, inciso I, da Constituição Federal). O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea d, da Lei n.º 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde. A interferência judicial na área da saúde não pode desconsiderar as políticas estabelecidas pelo legislador e pela Administração.

Todavia, o Poder Público não pode invocar a cláusula da ‘reserva do possível’, para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sem demonstrar, concretamente, a impossibilidade de fazê-lo. A questão relativa ao reembolso e/ou cobrança dos custos suportados por determinado ente federativo em decorrência do fornecimento do medicamento pleiteado, trata-se de medida a ser resolvida no âmbito administrativo, sem necessidade de intervenção judicial. E possível aplicação de multa diária no caso de retardo ou de descumprimento da decisão, desde que suficiente e compatível com a obrigação, não podendo ser exorbitante ou desproporcional, sob pena de ineficaz e desmoralizadora do próprio comando judicial. Honorários advocatícios reduzidos. (TRF4, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5012180- 09.2013.404.7000, 4ª TURMA, Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 27/08/2014)”. 2. Agravante alega ter o Tribunal de origem contrariado os arts. 5º, caput, incs. XXXV, LIV e LV, 165, § 5º, inc. III, 167 e 198 da Constituição da República. Argumenta que, “se o funcionamento do SUS é descentralizado (art. 7º da Lei nº 8.080/90) e hierarquizado (art. 8º da mesma lei), não é possível que a responsabilidade recaia única e exclusivamente sobre um ente”. 3. O recurso extraordinário foi inadmitido sob os fundamentos de incidência das Súmulas ns. 282 e 286 do Supremo Tribunal Federal, ausência de ofensa constitucional direta e harmonia do acórdão recorrido com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Examinados os elementos havidos no processo, DECIDO. 4. No art. 544 do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 12.322/2010, estabeleceu-se que o agravo contra inadmissão de recurso extraordinário processa-se nos autos do recurso, ou seja, sem a necessidade de formação de instrumento, sendo este o caso. Analisam-se, portanto, os argumentos postos no agravo, de cuja decisão se terá, na sequência, se for o caso, exame do recurso extraordinário. 5. Razão jurídica não assiste à Agravante. 6. O Supremo Tribunal Federal assentou ser solidária a responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios em matéria de saúde: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente” (RE 855.178-RG/PE, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário Virtual, DJ 16.3.2015). “EMENTA: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS.

5º, 'CAPUT', E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (RE 716.777-AgR/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16.5.2013). 7. Este Supremo Tribunal decidiu que a alegação de contrariedade ao art. 5º, incs. XXXV, LIV e LV, da Constituição da República, se dependente do exame da legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil), inviabiliza o recurso extraordinário, pois eventual ofensa constitucional seria indireta: “A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, configurariam ofensa constitucional indireta” (AI 776.282-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 12.3.2010). “Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral” (ARE 748.371-RG/MT, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário Virtual, DJe 1º.8.2013). 8. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, al. a, do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 12.322/2010, e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 31 de agosto de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (ARE 899785, RELATOR(A): MIN. CÁRMEN LÚCIA, JULGADO EM 31/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-173 DIVULG 02/09/2015 PUBLIC 03/09/2015)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. INEXIGIBILIDADE DE RESPONSÁVEL TÉCNICO FARMACÊUTICO. LEI Nº 5.991/1973. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 279 DO STF. AGRAVO DESPROVIDO. Decisão: Trata-se de agravo nos próprios autos, interposto com fundamento no artigo 544 do Código de Processo Civil, objetivando a reforma de decisão que inadmitiu recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado: “EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO. INEXIGIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - Dispõe o artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 3.820/60, que as empresas e estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os Conselhos

Federal e Regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado. - Conforme dispõe o artigo 15 da Lei nº 5.991/73, somente as farmácias comerciais e as drogarias estão obrigadas a contar com a assistência de farmacêutico responsável inscrito no Conselho Regional de Farmácia. - A obrigação da presença de profissional farmacêutico não se estende ao dispensário médico do posto de saúde. O fato de o ambulatório manter medicamentos industrializados, destinados, sob receita, aos municípios, sem finalidade comercial, não o obriga a ter a assistência de farmacêutico e nem a obter certificado de regularidade e de habilitação legal do Conselho Regional de Farmácia, na medida em que não pode ser propriamente equiparada à atividade de farmácias e drogarias. - Não prospera a alegação de que a inexistência do dispensário de medicamentos no rol de estabelecimentos liberados da necessidade de assistência profissional, previsto no artigo 19 da Lei nº 5.991/73, o coloca necessariamente na condição de obrigatoriedade assinalada pelo artigo 15 do mesmo diploma legal, pois acaba por criar uma nova obrigação, não prevista expressamente pela lei, por meio da conjugação de seus dispositivos. - Da mesma maneira, não prevalece a combinação entre os artigos 1º do Decreto nº 85.878/81 e 6º da Lei nº 5.991/73, com a finalidade de determinar a obrigatoriedade de profissional farmacêutico no dispensário de medicamentos, porquanto não cabe ao intérprete criar uma obrigação que não foi imposta pelo legislador. - Pelo mesmo motivo não preponderam as argumentações com supedâneo nos artigos 40, 41 e 42 da Lei nº 5.991/73, porque tratam de aviamento de medicamentos, o que não é objeto do dispensário, bem como em relação aos artigos 67 da Portaria do Ministério da Saúde nº 344/98, 1º da Portaria da Secretaria de Atenção à Saúde nº 1.017/02, 24 do Decreto nº 20.931/32, e item 6.2 da Resolução nº 10/01 da Agência Nacional da Vigilância Sanitária, normas infralegais que não se destinam a estabelecer obrigações não previstas em lei. - No tocante à aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de recursos, não há que se falar em ofensa aos princípios da isonomia e da dignidade humana, tampouco aos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos III e IV, 196 da Constituição, porque o entendimento jurisprudencial surgiu com o intuito de promover a interpretação do inciso XIV do artigo 4º da Lei nº 5.991/73. - A questão foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.906/SP, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, ao entendimento de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do artigo 4º da Lei nº 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos artigos 15 e 19 do referido diploma legal. - Honorários advocatícios mantidos em 15% sobre o valor do débito. - Apelação improvida.” Nas razões de recurso extraordinário, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega ofensa aos artigos 5º, caput e I, 6º e 196 da Constituição Federal. O Tribunal a quo negou seguimento ao apelo extremo, por entender que a interposição do recurso seria intempestiva. É o relatório. DECIDO. O recurso não merece prosperar. Ab initio, a repercussão geral pressupõe recurso

admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (artigo 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (artigo 102, § 3º, da CF). Verifica-se, na espécie, que a controvérsia sub judice, consubstanciada na análise da assistência farmacêutica em dispensário de medicamentos aludida na Lei nº 5.991/1973 é de índole infraconstitucional e foi decidida à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos. Ademais, divergir do entendimento do Tribunal a quo demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Não se revela cognoscível, em sede de recurso extraordinário, a insurgência que tem como escopo o incursiamento no contexto fático-probatório engendrado nos autos, porquanto referida pretensão não se amolda à estreita via do apelo extremo, cujo conteúdo se restringe à discussão eminentemente de direito, face ao óbice erigido pela Súmula nº 279 do STF. Sob esse enfoque, ressoa inequívoca a vocação para o insucesso do apelo extremo, por força do óbice intransponível do referido verbete sumular, que veda a esta Suprema Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicarmatéria fática. Por oportuno, vale destacar preciosa lição de Roberto Rosas acerca da Súmula nº 279 do STF: “Chiovenda nos dá os limites da distinção entre questão de fato e questão de direito. A questão de fato consiste em verificar se existem as circunstâncias com base nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata (Instituições de Direito Processual, 2ª ed., v. I/175). Não é estranha a qualificação jurídica dos fatos dados como provados (RT 275/884 e 226/583). Já se refere a matéria de fato quando a decisão assenta no processo de livre convencimento do julgador (RE 64.051, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 47/276); não cabe o recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de provas (ERE 58.714, Relator para o acórdão o Min. Amaral Santos, RTJ 46/821). No processo penal, a verificação entre a qualificação de motivo fútil ou estado de embriaguez para a apenação importa matéria de fato, insuscetível de reexame no recurso extraordinário (RE 63.226, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 46/666). A Súmula 279 é peremptória: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Não se vislumbra a existência da questão federal motivadora do recurso extraordinário. O juiz dá a valoração mais conveniente aos elementos probatórios, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Não se confunda com o critério legal da valorização da prova (RTJ 37/480, 56/65) (Pestana de Aguiar, Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., v. VI/40, Ed. RT; Castro Nunes, Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943, p. 383). V. Súmula STJ-7.” (Direito Sumular. São Paulo: Malheiros, 2012, 14ª Edição, p. 137-138). Nesse sentido, RE 541.530, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 2/4/2014, e AI 832.267-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 21/11/2013, assim

ementado, verbis: “Agravamento regimental no agravo de instrumento. Necessidade de técnico farmacêutico em estabelecimentos hospitalares. Lei nº 5.991/73. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se presta o recurso extraordinário para a análise de matéria ínsita à legislação ordinária, tampouco ao reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido.” Ex positis, DESPROVEJO o agravo, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 31 de agosto de 2015. Ministro LUIZ FUX Relator Documento assinado digitalmente. (ARE 872788, RELATOR(A): MIN. LUIZ FUX, JULGADO EM 31/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-174 DIVULG 03/09/2015 PUBLIC 04/09/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. DECISÃO: Trata-se de processo em que se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer tratamento de saúde a paciente portador de enfermidade grave. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte sustenta a ocorrência de violação aos arts. 2º e 100, da Constituição. O recurso extraordinário não deve ser admitido, tendo em vista que o acórdão recorrido está alinhado ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, esta Corte assentou que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. Nessa linha, veja-se trecho da ementa da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no RE 271.286: “O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.” No mesmo sentido: ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; e AI 824.946-ED, Rel. Min. Dias Toffoli. Em segundo lugar, é firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Nesse sentido, veja-se: “Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade

solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (SL 47-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30.4.2010). Em terceiro lugar, a determinação de bloqueio dos valores para a implementação da reforma no estabelecimento de ensino não configura violação ao art. 100 da Constituição. Em verdade, trata-se de medida necessária à garantia e à eficácia do provimento jurisdicional, nos termos do art. 461, § 5º, CPC. Com efeito, referida discussão está no âmbito infraconstitucional, que não enseja a abertura da via extraordinária. Nesse sentido, veja-se a ementa do AI 700.543-AgR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA PARA ASSEGURAR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 100, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 27 de agosto de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso Relator. (ARE 907033, RELATOR(A): MIN. ROBERTO BARROSO, JULGADO EM 27/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-171 DIVULG 31/08/2015 PUBLIC 01/09/2015)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. Decisão: Vistos. Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado de Pernambuco, assim ementado: “PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. ELETRICIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO APÓS DECRETO Nº 2.172/1997. EPI EFICAZ. NOCIVIDADE NEUTRALIZADA. AUSÊNCIA DE DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. EXCEÇÃO APLICADA AO AGENTE NOCIVO RUÍDO. EPI NÃO EFICAZ PARA AGENTE ELETRICIDADE. COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO À TENSÃO ELÉTRICA ACIMA DE 250V APENAS ATÉ 30/11/2005. RECURSO DO INSS IMPROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA IMPROVIDO.” No recurso extraordinário, alega-se contrariedade aos artigos 2º, caput, 84, inciso IV, 93, inciso IX, 194, inciso III, 195, § 5º, e 201, caput e parágrafo 1º, da Constituição Federal. Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ

de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão. A irresignação não merece prosperar, haja vista que os dispositivos constitucionais indicados como violados no recurso extraordinário carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que não foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão no acórdão recorrido. Incidem na espécie as Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. Ainda, este Supremo Tribunal Federal, ao examinar o ARE nº 664.335/SC, da relatoria do Ministro Luiz Fux, reconheceu a repercussão geral do tema relativo à “possibilidade, ou não, de o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual - EPI, informado no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), descaracterizar o tempo de serviço especial para aposentadoria”. Ao julgar o mérito do referido recurso, o Plenário desta Corte proferiu acórdão com a seguinte ementa: “CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Conduz à admissibilidade do Recurso Extraordinário a densidade constitucional, no aresto recorrido, do direito fundamental à previdência social (art. 201, CRFB/88), com reflexos mediatos nos cânones constitucionais do direito à vida (art. 5º, caput, CRFB/88), à saúde (arts. 3º, 5º e 196, CRFB/88), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e ao meio ambiente de trabalho equilibrado (arts. 193 e 225, CRFB/88). 2. A eliminação das atividades laborais nocivas deve ser a meta maior da Sociedade - Estado, empresariado, trabalhadores e representantes sindicais-, que devem voltar-se incessantemente para com a defesa da saúde dos trabalhadores, como enuncia a Constituição da República, ao erigir como pilares do Estado Democrático de Direito a dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), a valorização social do trabalho, a preservação da vida e da saúde (art. 3º, 5º, e 196, CRFB/88), e o meio ambiente de trabalho equilibrado (art. 193, e 225,

CRFB/88). 3. A aposentadoria especial prevista no artigo 201, § 1º, da Constituição da República, significa que poderão ser adotados, para concessão de aposentadorias aos beneficiários do regime geral de previdência social, requisitos e critérios diferenciados nos 'casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar'. 4. A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe-se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde e a fortiori possuem um desgaste naturalmente maior, por que não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo. 5. A norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, disposição dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição. Deveras, o direito à aposentadoria especial foi outorgado aos seus destinatários por norma constitucional (em sua origem o art. 202, e atualmente o art. 201, § 1º, CRFB/88). Precedentes: RE 151.106 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/1993, Primeira Turma, DJ de 26/11/93; RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 03/03/98, Segunda Turma, DJ de 04/09/1998. 6. Existência de fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial antes, através dos instrumentos tradicionais de financiamento da previdência social mencionados no art. 195, da CRFB/88, e depois da Medida Provisória nº 1.729/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998. Legislação que, ao reformular o seu modelo de financiamento, inseriu os §§ 6º e 7º no art. 57 da Lei n.º 8.213/91, e estabeleceu que este benefício será financiado com recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. 7. Por outro lado, o art. 10 da Lei nº 10.666/2003, ao criar o Fator Acidentário de Prevenção-FAP, concedeu redução de até 50% do valor desta contribuição em favor das empresas que disponibilizem aos seus empregados equipamentos de proteção declarados eficazes nos formulários previstos na legislação, o qual funciona como incentivo para que as empresas continuem a cumprir a sua função social, proporcionando um ambiente de trabalho hígido a seus trabalhadores. 8. O risco social aplicável ao benefício previdenciário da aposentadoria especial é o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (CRFB/88, art. 201, § 1º), de forma que torna indispensável que o indivíduo trabalhe exposto a uma nocividade notadamente capaz de ensejar o referido dano, porquanto a tutela legal considera a exposição do segurado pelo risco presumido presente na relação entre agente nocivo e o trabalhador. 9. A interpretação do instituto da aposentadoria especial mais consentânea com o texto constitucional é aquela que conduz a uma proteção efetiva do trabalhador, considerando o benefício

da aposentadoria especial excepcional, destinado ao segurado que efetivamente exerceu suas atividades laborativas em 'condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física'. 10. Conseqüentemente, a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. 11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete. 12. In casu, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. 13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores. 14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria. 15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário" (grifo nosso). O acórdão atacado não divergiu dessa orientação. No mais, a discussão acerca da implementação dos requisitos para a aposentadoria do segurado da previdência

social, bem como a análise das questões acerca do enquadramento da atividade exercida está restrita à interpretação da legislação infraconstitucional e ao reexame dos fatos e provas que compõem a lide, operações vedadas em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Nesse sentido, anote-se: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE nº 665.429/SC-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/8/12). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA. REQUISITOS. LEGISLAÇÃO LOCAL. FATOS E PROVAS. SÚMULAS 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Para dissentir-se do acórdão recorrido seria necessário o reexame de legislação local e de fatos e provas, circunstância que impede a admissão do recurso extraordinário, ante os óbices das Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 590.477/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 17/10/08). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA. 1. A matéria sub examine, teve sua repercussão geral rejeitada pelo Plenário desta Corte, nos autos do AI n. 841.047-RG, de relatoria do E. Ministro Cezar Peluso, DJe de 1º.9.2011. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL – EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES – CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM – LEIS 3087/60 E 8213/91 – DECRETOS 53.831/64, 83.080/79 E 2.172/97 – POSSIBILIDADE. 1. O tempo de serviço especial é aquele decorrente de serviços prestados sob condições prejudiciais à saúde ou em atividades com riscos superiores aos normais para o segurado e, cumprido os requisitos legais, dá direito à aposentadoria especial. As atividades consideradas prejudiciais à saúde foram definidas pela legislação previdenciária, especificamente, pelos Decretos 53.831/64, 83.080/79 e 2172/97. 2. Exercendo o segurado uma ou mais atividades sujeitas a condições prejudiciais à saúde sem que tenha complementado o prazo mínimo para aposentadoria especial, é permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria. (RESP 411946/RS, Relator Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 07/04/2003; AMS 2000.38.00.036392-1/MG, Relator DES. FEDERAL ANTONIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, PRIMEIRA TURMA, DJ 05/05/2003). 3. O rol de agentes nocivos previstos nos Anexos I e II do Decreto n. 83.080/79 e no Anexo do Decreto n. 53.831/69, vigorou até a edição do Decreto n. 2.172/97 (05.03.97), por força do disposto no art. 292 do Decreto nº 611/92, devendo-se considerar como agente agressivo à saúde a exposição a locais de trabalho com ruídos acima de 80

dBa, para as atividades exercidas até 05.03.97. (AC 96.01.21046-6/MG; APELAÇÃO CÍVEL, Relator Desembargador Federal JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEGUNDA TURMA, DJ 06/10/1997, AMS 2001.38.00.032815-3/MG, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, PRIMEIRA TURMA, DJ 06/10/2003, AMS 2000.38.00.018266-8/MG, Relator DES. FEDERAL LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 17/03/2003). 4. Para a comprovação da exposição ao agente insalubre, tratando-se de período anterior à vigência da Lei n. 9.032/95, de 28.04.95, que deu nova redação ao art. 57 da Lei nº 8.213/91, basta que a atividade seja enquadrada nas relações dos Decretos 53.831/64 ou 83.080/79, não sendo necessário laudo pericial. Tratando-se de tempo de serviço posterior à data acima citada, 28.04.95, dependerá de prova da exposição permanente, não ocasional e nem intermitente – não se exigindo integralidade da jornada de trabalho –, aos agentes nocivos, visto tratar-se de lei nova que estabeleceu restrições ao cômputo do tempo de serviço, devendo ser aplicada tão-somente ao tempo de serviço prestado durante sua vigência, não sendo possível sua aplicação retroativa (AC 1999.01.00.118703-9/MG, Relator Convocado JUIZ EDUARDO JOSÉ CORRÊA, PRIMEIRA TURMA, DJ 09/12/2002; AMS 2000.01.00.072485-0/MG, Relator DES. FEDERAL ANTONIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, PRIMEIRA TURMA, DJ 11/03/2002). 5. Como documentos hábeis à comprovação do tempo de serviço sob condições insalubres são admitidos os formulários DSS 8030 e laudo técnico, devendo ser ressaltado, conforme jurisprudência da Corte, que a exigência de laudo pericial somente pode se dar a partir de 10.12.97, data da publicação da Lei nº 9.528/97. No que diz respeito à utilização de equipamento de proteção individual (EPI), ele tem a finalidade de resguardar a saúde do trabalhador, para que não sofra lesões, não podendo descaracterizar a situação de insalubridade. (AMS 2001.38.00.017669-3/MG, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, SEGUNDA TURMA, DJ 24/10/2002). 6. A correção monetária incide a partir do vencimento de cada parcela, na forma do art. 1º, caput, da Lei n. 6.899/81, utilizando-se os índices de correção monetária, de acordo com os seus respectivos períodos de vigência. Súmulas 43 e 148 do STJ. Os juros são devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida, na linha de orientação do STJ (RESP 314181/AL). 7. Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, até a data da prolação da sentença. Súmula 111 do STJ. 8. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.” 3. Agravo regimental a que se nega provimento “(AI nº 762244 MG -AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/9/12) Essa orientação restou consolidada pelo Plenário desta Corte que, em sessão realizada por meio eletrônico, no exame do AI nº 841.047/RS, relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência da repercussão geral da matéria versada neste feito em virtude de sua natureza infraconstitucional. A manifestação lançada no Plenário Virtual está assim fundamentada: “A questão suscitada neste recurso versa sobre a possibilidade, ou não, de se computar, para efeito de aposentadoria, tempo de serviço exercido em condições

especiais, após 28 de maio de 1998, à luz do art. 201, § 1º, da Constituição Federal. Requer-se, no recurso extraordinário, a reforma da decisão de primeiro grau, a qual julgou improcedente o pedido, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Verifica-se que o acórdão impugnado decidiu a causa com base em interpretação e aplicação de legislação infraconstitucional, especificamente a Lei nº 8.213/91 e Lei nº 9.711/98, de modo que eventual ofensa à Constituição Federal seria, aqui, apenas indireta. Neste sentido há decisões nesta Corte, confira-se no AI 765844/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 4/11/2010; AI 765796 / SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 28/10/2009; AI 467468 / SP, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 1/6/2004; AI 467645 / SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 13/2/2003). Esse julgado recebeu a seguinte ementa: “Agravado de instrumento convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Aposentadoria. Tempo de serviço. Condições especiais. Cômputo. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto o cômputo, para efeito de aposentadoria, do tempo de serviço exercido em condições especiais, versa sobre tema infraconstitucional.” Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 26 de agosto de 2015. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (ARE 906711, RELATOR(A): MIN. DIAS TOFFOLI, JULGADO EM 26/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-172 DIVULG 01/09/2015 PUBLIC 02/09/2015)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTAL. DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE DE TELEFONIA CELULAR. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL PARA DISCIPLINAR O USO E OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS NS. 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: “DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO AMBIENTAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE DE TELEFONIA CELULAR. EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO PELO MUNICÍPIO DE MARINGÁ. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E PROTEGER O MEIO AMBIENTE. DISPOSIÇÃO EXPRESSA NO ARTIGO 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA LEGISLAREM SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL.

INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATIVIDADE QUE CONSTA NO ROL NÃO TAXATIVO ESTABELECIDO PELA RESOLUÇÃO N. 237/97 DO CONAMA COMO POTENCIALMENTE POLUIDORA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. INSTRUÇÃO TÉCNICA N. 004/2006 – DIRAM DO INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA ESTAÇÕES COMERCIAIS TRANSMISSORAS DE ONDAS ELETROMAGNÉTICAS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Muito embora seja da competência da União, por meio da ANATEL, regular e fiscalizar o serviço de telefonia, tal competência não afasta a dos Municípios para legislar sobre posturas municipais e outras matérias de interesse sanitário-ambiental local. 2. Consoante disposição do artigo 23, incisos II e VI, da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum para cuidar da saúde e assistência pública, bem como para proteger o meio ambiente, combatendo a poluição em todas as suas formas. 3. O rol estabelecido pela Resolução n. 237/97 do CONAMA não é taxativo, mas sim exemplificativo, pois relaciona apenas alguns estabelecimentos e atividades que necessitam de licenciamento do órgão ambiental. 4. Sendo a exigência de licença ambiental imperativo legal e constitucional, tem-se que é plenamente possível requisitá-la antes que seja realizada qualquer obra que possa acarretar impacto ambiental em determinada região. 5. No presente caso devem ser aplicados os princípios da precaução e do direito ao desenvolvimento sustentável, para que se evite o dano ao meio ambiente e não apenas se tente repará-lo. 6. Deve ser aplicada a Instrução Técnica n. 004/2006-DIRAM do Instituto Ambiental do Paraná que estabelece critérios para licenciamento ambiental para estações comerciais transmissoras de ondas eletromagnéticas” (doc. 51). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 2. A Agravante alega contrariados os arts. 5º, incs. XXXV e LV, 21, inc. XI, e 22, inc. IV, da Constituição da República, asseverando que “o Parquet busca interferir na extensão da cobertura do sinal das antenas e termina por afetar a qualidade do serviço prestado. Cria-se, com isso, uma regulamentação particularíssima dos meios de comunicação, em completa dissonância do que ocorre no resto do país. (...) A legislação federal é clara em afirmar que, em matéria de telecomunicações, predomina o interesse da União, em razão da necessidade de uniformidade nacional sobre o sistema de telecomunicações. (...) A recorrente sempre sustentou que a interferência dos ditames municipais sobre onde instalar ou não instalar antenas tem como efeito prático a criação de ‘zonas de sombra’, onde o sinal emitido pelas ERBs possui menor intensidade ou não existe. O potencial prejuízo às telecomunicações no município é evidente. Os consumidores ficam sem o serviço adequado, as metas da ANATEL não são atendidas e a TIM pode até ter seu contrato de autorização cancelado. (...) Diante disso, deve-se considerar que uma importante premissa do acórdão embargado encontra-se prejudicada, já que o TJPR foi taxativo em reconhecer que a Instrução Normativa n. 004/2006 é ilegal. Partindo do pressuposto que a Instrução Normativa do IAP

não é mais exigível, por força de decisão judicial, tem-se que é incongruente que uma outra decisão posterior, da mesma Corte, exija o cumprimento desta norma” (doc. 52). 3. O recurso extraordinário foi inadmitido sob os fundamentos de ausência de prequestionamento e de inexistência de ofensa constitucional direta. Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. No art. 544 do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 12.322/2010, estabeleceu-se que o agravo contra inadmissão de recurso extraordinário processa-se nos autos do recurso, ou seja, sem a necessidade da formação de instrumento, sendo este o caso. Analisam-se, portanto, os argumentos postos no agravo, de cuja decisão se terá, na sequência, se for o caso, exame do recurso extraordinário. 5. Cumpre afastar o fundamento da decisão agravada quanto à ausência de prequestionamento, por ter sido a matéria constitucional suscitada em momento processual adequado. A superação desse fundamento não é suficiente para o provimento da pretensão da Agravante. 6. O acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pela qual se reconheceu a competência dos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e para disciplinar o ordenamento territorial urbano: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. INSTALAÇÃO DE TORRES DE TELEFONIA CELULAR. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL PARA DISCIPLINAR O USO E A OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 632.006-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 1º.12.2014). “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito de construir. Limitações administrativas. Adequação ao ordenamento territorial municipal. Planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano. Competência municipal. Precedente. 3. Construção. Manifestação do direito de propriedade que não prescinde de licença para construir. Não observância das regras aplicáveis. Ausência da faculdade de construir. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 746.356-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 10.6.2013). 7. O Tribunal de origem decidiu ser “necessário o licenciamento ambiental para equipamentos de telefonia celular, uma vez que tal atividade é considerada como potencialmente poluidora pelo CONAMA, nos termos do rol estabelecido pela Resolução n. 237/97. Ora, sendo a exigência de licença ambiental imperativo legal e constitucional, tem-se que é plenamente possível requisitá-la antes da realização de qualquer obra que possa acarretar impacto ambiental em determinada região. Portanto, tratando-se de instalação de atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente, é obrigatório o licenciamento ambiental. (...) Desta forma, embora não haja legislação municipal específica acerca do licenciamento ambiental de Estações de Rádio-Base, deve ser aplicado o disposto na Instrução Técnica n. 004/2006-DIRAM, a qual estabelece a necessidade de licença ambiental” (doc. 51). A apreciação do pleito recursal demandaria análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Resolução n. 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e Instrução Técnica n. 4/2006 da Diretoria de Controle de Recursos

Ambientais do Instituto Ambiental do Paraná) e reexame do conjunto fático-probatório constante do processo. A alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, a inviabilizar o processamento do recurso extraordinário. Incidem, na espécie, as Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal: “DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RÁDIO/BASE - ERB. LICENÇA AMBIENTAL E LAUDO TÉCNICO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. VIOLAÇÃO. SANÇÃO COMINATÓRIA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. ACÓRDÃO RECORRIDO PÚBLICADO EM 16.02.2011. 1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreender de modo diverso exigiria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE 859.975-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 5.6.2015). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. LICENÇA AMBIENTAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 595.348-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 20.3.2014). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. A competência do IBAMA para fiscalizar eventuais infrações ambientais está disciplinada em lei infraconstitucional (Lei 9.605/98), eventual violação à Constituição é indireta, o que não desafia o apelo extremo. Precedentes: AI 662.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 23/11/2010, e o RE 567.681-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 08/05/2009. 2. In casu, o Tribunal de origem asseverou não ter a recorrente trazido prova pré-constituída da desnecessidade de licenciamento ambiental; para dissentir-se desse entendimento seria necessário o reexame fatos e provas, providência vedada nesta instância mercê o óbice da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” 3. A teoria do fato consumado não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo. Esse é o entendimento consolidado por ambas as turmas desta Suprema Corte. Precedentes: RE 275.159, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 11.10.2001; RMS 23.593-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de

02/02/01; e RMS 23.544-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 21.6.2002. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 609.748-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 13.9.2011). 8. Este Supremo Tribunal assentou que a alegação de contrariedade ao art. 5º, incs. XXXV e LV, da Constituição da República, se dependente do exame da legislação infraconstitucional, poderia configurar, se fosse o caso, ofensa constitucional indireta: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO DO CONSUMIDOR, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGADA CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INCS. XXXV, XXXVI E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NECESSIDADE DE ANÁLISE PRÉVIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. TEMA SEM REPERCUSSÃO GERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 798.538-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 23.4.2014). Nada há a prover quanto às alegações da Agravante. 9. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, al. a, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 12 de agosto de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (ARE 901333, RELATOR(A): MIN. CÁRMEN LÚCIA, JULGADO EM 12/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-167 DIVULG 25/08/2015 PUBLIC 26/08/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. DECISÃO O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpõe recurso extraordinário, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE ATENDIMENTO MÉDICO-PSIQUIÁTRICO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES INTERNADOS NO HOSPITAL INFANTIL JOANA DE GUSMÃO E CONTRATAÇÃO DE PESSOA ESPECIALIZADO – ATO DISCRICIONÁRIO – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL – VEDAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO DE INTROMISSÃO NO MÉRITO DE AÇÕES POLÍTICO-GOVERNAMENTAIS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – IMPOSSIBILIDADE DE DESTINAÇÃO DE VERBAS COM FINALIDADE ESPECÍFICA EM ORÇAMENTO PÚBLICO – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO. A criação e manutenção pelo Estado de área de internação psiquiátrica destinada a crianças e adolescentes em hospital, bem como a contratação de pessoa especializado advêm de critérios exclusivamente político-governamentais, adotados pelos Poderes Executivo e Legislativo, que refogem do exame do Judiciário, por referirem-se ao exercício de poderes discricionários, nos quais são analisados os critérios de conveniência e oportunidade administrativos. O Poder Judiciário não pode intervir e determinar a inclusão de verba para a realização de determinada obra ou contratação de pessoal especializado, pois, além de invadir a esfera da conveniência e competência administrativas, é

vedada qualquer vinculação de receita à despesa, salvo as exceções previstas no art. 123, V, segunda parte, da CE”. Alega o recorrente contrariedade ao artigo 2º da Constituição Federal, o qual não teria sido aplicado de maneira escorreita. Não houve contrarrazões e o recurso extraordinário foi admitido pelo Tribunal de origem. Decido. Saliento, inicialmente, que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ingressou com ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina, pleiteando em sua exordial, in verbis: “1- A concessão de medida liminar, para compelir o Estado de Santa Catarina, através da Secretaria de Estado da Saúde, a iniciar o atendimento de crianças e adolescentes em internação hospitalar psiquiátrica da seguinte forma: A. Atender, no prazo de 120 dias a contar da concessão da liminar ou no prazo que Vossa Excelência julgar conveniente, todas as crianças e adolescentes com indicação de internação médico/psiquiátrica através do Hospital Infantil Joana de Gusmão, providenciando as adaptações necessárias ao atendimento para 06 leitos, além de solarium fechado, recreação interna com sala de visitas, consultório para atendimento, refeitório, posto de enfermagem e três quartos e capacidade para 06 leitos, sendo 4 fechados e 02 abertos. B. Disponibilizar, no mesmo prazo do item anterior o pessoal especializado para atendimento de seis leitos em psiquiatria da seguinte forma: 04 médicos psiquiatras, 03 enfermeiros, 02 psicólogos, um com formação em terapia familiar e outro com especialização em psicodiagnóstico, 01 assistente social, 02 recreacionistas, 01 terapeuta ocupacional, 01 pedagoga e 01 psicopedagoga, além de 04 técnicos de enfermagem e 06 seguranças. C. Atender, no prazo máximo de 15 dias, a contar da liminar, todos os casos de internação médico/psiquiátrica, contratando com outros órgãos públicos ou entidades privadas ou filantrópicas, visando assegurar os direitos da população infanto-juvenil que necessitar do atendimento mencionado até o cumprimento das obrigações constantes nos itens A e B do pedido. 2- A cominação ao requerido, em liminar, de multa equivalente a 1.000 (hum mil) salários mínimos mensais, para o caso de descumprimento de alguma das obrigações constantes dos itens A e B, no prazo fixado em liminar e de 30 (trinta) salários mínimos diários, no caso de descumprimento do item C e, também após a decisão definitiva (Art. 213, § 2º, do ECA), revertendo os valores cobrados sob este título ao Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente (Art. 214, ECA); 3- A citação do requerido, na pessoa de seu representante legal, para contestar, querendo, a presente actio, no prazo que lhe faculta a lei, cientificando-lhe que a ausência de defesa implicará em revelia e em reputar-se como verdadeiros os fatos articulados nesta inicial; 4- A intimação pessoal dos signatários de todos os atos processuais, na forma do Art. 236, § 2º, do Diploma Adjetivo Civil; 5- Provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, mormente a documental, vistorias, perícias, testemunhal, cujo rol será depositado em Cartório no prazo facultado pelo Art. 407, do CPC, depoimento pessoal do representante legal da requerida, além daquelas produzidas pela ré; 6- Após a produção da mais ampla prova, sejam julgados procedentes os pedidos formulados através da presente ação, obrigando-se o ESTADO DE SANTA CATARINA, por sua Secretaria de Estado da

Saúde e órgãos subordinados a cumprir a decisão judicial, consubstanciada na confirmação das liminares conforme requerimentos A, B e C; 7 - A condenação do requerido ao pagamento das despesas processuais, das quais os requerentes devem ser isentados por força de Lei, e demais cominações legais.” Portanto, veja-se que o pedido da ação transindividual não foi genérica, com o objetivo de compelir o poder público a apenas colocar à disposição um serviço de saúde específico, mas detalhou os pedidos para a configuração do serviço a ser implantado. É de todos conhecida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir que o Poder Judiciário efetue, excepcionalmente, controle de políticas públicas, determinando a sua implantação quando, por se relacionarem diretamente a direito ou garantia fundamental, encontrarem-se estabelecidas na própria Constituição Federal. O Ministro Celso de Mello, em voto proferido no ARE n.º 745.745-AgR/MG, bem sintetizou a ideia: “Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.” Também, sobre o tema, destaco os seguintes julgados desta Corte: “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Ação civil pública. Meio ambiente. 3. Ausência de prequestionamento (súmulas 282 e 356). 4. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE n.º 563.144/DF-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 16/4/13). “Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido” (RE n.º 417.408/RJ-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 26/4/12). “DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido” (RE nº 559.646/PR-AgR, Segunda Turma, Relatora Ellen Gracie, DJe de 24/6/11). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 367.432/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 14/5/10). Nesse mesmo sentido, anatem-se, também, as seguintes decisões monocráticas: ARE nº 649.600/GO, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 19/9/13; ARE nº 685.531/AC, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 8/2/13; e ARE nº 725.968/MG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 12/12/12. Ocorre que esta Suprema Corte, ao examinar o RE nº 684.612/RJ, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, concluiu pela repercussão geral da discussão acerca dos limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Trata-se do Tema nº 698 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF. Por ser exatamente esta a matéria versada nos presentes autos, entendo por bem, em homenagem à isonomia e à segurança jurídica, aguardar o pronunciamento definitivo do Plenário. Não verifico, na espécie, possibilidade de alteração do desiderato na aplicação da tese com repercussão geral, pelo fato dos pedidos estarem vinculados ao atendimento de crianças e adolescentes, ainda que a prioridade absoluta tenha sido instituída pela Carta Magna em seu art. 227 da Constituição Federal, posto que a questão constitucional posta no presente recurso extraordinário se limitou ao

conteúdo do seu art. 2º. Ante o exposto, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que se aplique o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil. Publique-se. Brasília, 3 de agosto de 2015. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (RE 615138, RELATOR(A): MIN. DIAS TOFFOLI, JULGADO EM 03/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-163 DIVULG 19/08/2015 PUBLIC 20/08/2015)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. Decisão: Vistos. Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim emendado: “AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - RECURSO DE APELAÇÃO - PACIENTE BENEFICIÁRIA DO IAMSPE QUE EM DECORRÊNCIA DA DEMORA DE ATENDIMENTO EM UNIDADE HOSPITALAR OPTOU POR SER ATENDIMENTO EM HOSPITAL DA REDE PRIVADA - NAO COMPROVACAO QUE HOUVE RECUSA POR PARTE DO HOSPITAL ESTADUAL NO ATENDIMENTO DA MÃE DA APELANTE – HOSPITAL ESTADUAL QUE NÃO OFENDEU OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA RAZOABILIDADE QUE REGE OS CONTRATOS -IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO POR RECUSA ABUSIVA NO CUMPRIMENTO DAS SUAS OBRIGAÇÕES-RECURSO DESPROVIDO”. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. No recurso extraordinário, sustenta-se violação dos artigo 1º, inciso III, 5º, caput, 6º, caput, e 196 da Constituição Federal. Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”. A irresignação não merece prosperar. No que se refere aos artigos 1º, inciso III, e 5º, caput, da Constituição Federal apontados como violados, carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que os acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem não cuidaram das referidas normas, as quais, também, não foram objetos dos embargos declaratórios opostos pelo recorrente. Incidem na espécie as Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. Ademais, o acórdão recorrido, ao decidir a controvérsia, consignou expressamente o seguinte: “(...) a própria apelantes assume que não houve recusa por parte da apelada no atendimento médico de sua mãe, mas tão somente demora, o que é cediço nos dias de hoje, visto que o atendimento na rede pública está precário e demasiadamente demorado, diante da notória quantidade de pessoas que procuram o atendimento

diário. (...) No entanto, não há qualquer demonstração nos autos que houve recusa no atendimento, em função, por exemplo, na ausência de vaga na entidade. Não houve sequer a lavratura de um Boletim de Ocorrência confirmando os fatos. Assim não se valeu a apelante de atendimento em hospital particular porque houve recusa de atendimento por parte da apelada, mas por escolha da própria apelante”. Com efeito, para dissentir do entendimento firmado pelo acórdão recorrido, que concluiu que não houve recusa abusiva do cumprimento das obrigações por parte do recorrido, seria mister, necessariamente, o reexame do conjunto-fático probatório carreado aos autos, o que é incabível na via extraordinária. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Sobre o tema, anote-se: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. GRAVIDADE E URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VAGA IMEDIATA NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR. RESSARCIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes. II – Agravo regimental improvido” (ARE nº 677.280/DF-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 5/12/12). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). 2. Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. Deveras, entendimento diverso do adotado pelo Tribunal a quo, concluindo que o fornecimento de fraldas descartáveis à ora recorrida seria, ou não, imprescindível à sua saúde, ensejaria o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: ‘para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário’. 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: ‘APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO FRALDAS DESCARTÁVEIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO. DESCAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE RECURSOS DA AUTORA. COMPROVAÇÃO. 1. Qualquer dos entes políticos da federação tem o dever na promoção, prevenção e recuperação da saúde. 2. A ausência da inclusão de fraldas geriátricas nas listas prévias, quer no

âmbito municipal, quer estadual, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados, desde que demonstrada a imprescindibilidade para a manutenção da saúde do cidadão, pois é direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, quando desprovido o cidadão de meios próprios. 3. É direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios para adquiri-los. 4. Comprovada a carência de recursos da autora para arcar com o tratamento, compete ao Estado fornecer os produtos imprescindíveis a sua saúde. Apelações desprovidas. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 668.724/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 16/5/12). “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL A QUO COM FUNDAMENTO NAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 279 DESTE SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (AI nº 562.703/RS-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 20/4/07). Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 3 de agosto de 2015. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (ARE 890210, RELATOR(A): MIN. DIAS TOFFOLI, JULGADO EM 03/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-164 DIVULG 20/08/2015 PUBLIC 21/08/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE. Decisão: Vistos. Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, assim ementado: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. CAMPANHA NACIONAL DE CIRURGIA DA CATARATA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CIRURGIA. ATO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. DEFICIÊNCIA DE EXAMES EXIGIDOS NO PRÉ-OPERATÓRIO. PERDA DA VISÃO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. FIXAÇÃO DE QUANTUM INDENIZATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PROVIDO. 1. A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, impõe ao poder público o dever de ressarcir os danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, independentemente da comprovação de culpa. 2. Para a caracterização da obrigação de indenizar, exige-se a presença de certos elementos. São eles: (a) o fato lesivo; (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público (nexo de causalidade) e (c) o dano. Na ausência de algum desses requisitos ou na presença de causa excludente ou atenuante - culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento danoso -, a responsabilidade estatal será afastada ou mitigada. 3. Alega o autor ter se submetido a cirurgias de catarata nos olhos esquerdo e direito na Campanha Nacional de Cirurgia de

Catarata, promovida pelo Ministério da Saúde, através do Sistema Único de Saúde - SUS e tendo as cirurgias lhe acarretado a perda da visão. 4. Compulsando os autos, observa-se que foi instaurado procedimento perante o Conselho Regional de Medicina do Estado de Alagoas em desfavor do médico Eduardo Macedo, haja vista denúncia formulada pelo autor naquele conselho. Do parecer da Sindicância realizada pelo CREMAL, se extrai: “(...) Evoluiu com ceratopatia bolhosa no primeiro olho operado. Esta complicação poderia ser prevista, e consequentemente evitada ou a menos, minimizada se nos protocolos de exames pré-operatórios da campanha de cirurgia de catarata do governo fosse exigida a microscopia especular de córnea, fato que não o é. Operado o segundo olho (olho direito), a visão não melhora pois apresentava hemorragia vítrea, fato que, novamente devido à deficiência no protocolo de exames exigidos na campanha do projeto catarata, poderia ao menos ser previsto, pois uma ultrasonografia ocular faria o diagnóstico pré-operatório de tal hemorragia vítrea”. 5. O Conselho Federal de Medicina determinou a instauração de Processo Ético Profissional, a cargo do Conselho de origem, por haver indícios de infração ao artigo 29 do Código de Ética Médica. No Processo Ético Profissional, o CREMAL condenou o médico “por não ter o denunciado solicitado exames complementares necessários ao pré-operatório e por não esclarecer adequadamente os riscos de perda da visão”, considerando, assim que o mesmo teria infringido o art. 29, do CEM. 6. No caso, estão comprovados a ação estatal (conduta lesiva do médico), o resultado danoso (perda da visão de ambos os olhos do autor) e o nexo causal entre a ação e o dano, de modo que deve ser reconhecida a obrigação estatal de indenizar. 7. A indenização pelo dano moral deve ser assentada em vista da consideração conjunta, pelo Julgador, de vários critérios: a situação econômico-social das partes (ofensor e ofendido), o abalo físico/psíquico/social sofrido, o grau da agressão, a intensidade do dolo ou da culpa do agressor, a natureza punitivo-pedagógica do ressarcimento, ou seja, quanto a este último, sua potencialidade no desencorajamento de condutas ofensivas de igual natureza - a chamada “técnica do valor de desestímulo” como “fator de inibição a novas práticas lesivas” (cf. STJ, REsp 355392/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 26.06.2002, publ. em DJ de 17.06.2002). 8. Na hipótese dos autos, a luz dos mencionados critérios, entende-se razoável fixar a indenização por dano moral no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). 9. No respeitante aos honorários advocatícios, preconiza o art. 20, § 4º, do CPC, que, nas causas em que for vencida a fazenda pública, os honorários de sucumbência deverão ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo §3º, art. 20, do CPC. In casu, sopesados o zelo denotado pelos profissionais, a localidade em que prestados os serviços e o tempo exigido, reputa-se razoável condenar a União em verba honorária no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). 10. Apelação parcialmente provida”. Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados. No recurso extraordinário, sustenta-se violação do artigo 37, caput e §6º, da Constituição Federal. Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente

exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”. A irrisignação não merece prosperar. No que se refere ao artigo 37, caput, da Constituição Federal apontado como violado, carece do necessário prequestionamento, sendo certo que os acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem não cuidaram da referida norma, a qual, também, não foi objeto dos embargos declaratórios opostos pela parte recorrente. Incidem na espécie as Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. Ademais, no que tange aos fatos ensejadores dos danos morais, à responsabilidade do União em indenizar o autor e ao valor desta indenização, o Tribunal de origem baseou seu convencimento a partir do conjunto fático-probatório que permeia a lide, conforme se colhe do seguinte trecho do voto do relator do acórdão atacado: “Compulsando os autos, observa-se que foi instaurado procedimento perante o Conselho Regional de Medicina do Estado de Alagoas em desfavor do médico Eduardo Macedo, haja vista denúncia formulada pelo autor naquele conselho. (...) No Processo Ético Profissional (nº 000003/2006), o Conselho Regional de Medicina do Estado de Alagoas condenou o Dr. Eduardo Pereira de Macedo, por entender ter violado o art. 29 do Código de Ética Médica, aplicando-lhe a pena de advertência confidencial, cf. Fls. 471/475. (...) Destarte, estão comprovados a ação estatal (conduta lesiva do médico), o resultado danoso (perda da visão de ambos os olhos do autor) e o nexos causal entre a ação e o dano, de modo que deve ser reconhecida a obrigação estatal de indenizar. Passa-se a fixar a verba indenizatória. A indenização pelo dano moral deve ser assentada em vista da consideração conjunta, pelo Julgador, de vários critérios: a situação econômico-social das partes (ofensor e ofendido), o abalo físico/psíquico/social sofrido, o grau da agressão, a intensidade do dolo ou da culpa do agressor, a natureza punitivo-pedagógica do ressarcimento, ou seja, quanto a este último, sua potencialidade no desencorajamento de condutas ofensivas de igual natureza - a chamada “técnica do valor de desestímulo” como “fator de inibição a novas práticas lesivas”(cf. STJ, REsp 355392/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.06.2002, publ. em DJ de 17.06.2002). No caso dos autos, a luz de todos os mencionados critérios, entendo razoável fixar a indenização por dano moral no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais)”. Nesse caso, é certo que para ultrapassar o entendimento firmado pelas instâncias de origem acerca da procedência do pedido indenizatório do autor, ora recorrido e do valor desta indenização, demandaria o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Nesse sentido, anote-se os seguintes

precedentes: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 719.987-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 19/12/12). “RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o ‘eventus damni’ e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o ‘eventus damni’, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. - Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 - RTJ 186/703 - Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes. - Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente. Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias” (RE nº 481.110/PE, Segunda

Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 9/3/07). “RE: descabimento: debate relativo à existência de nexos de causalidade a justificar indenização por dano material e moral, que reclama o reexame de fatos e provas: incidência da Súmula 279” (AI nº 359.016/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7/5/04). “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. ART. 5º, INC. LXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (AI nº 807.263/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 10/10/11). Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 3 de agosto de 2015. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (ARE 890775, RELATOR(A): MIN. DIAS TOFFOLI, JULGADO EM 03/08/2015, PÚBLICADO EM PROCESSO ELETRÔNICO DJE-164 DIVULG 20/08/2015 PUBLIC 21/08/2015)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. INGESTÃO. REEXAME DOS ELEMENTOS DOS AUTOS. SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL EXISTENTE. 1. Inexiste dano moral quando não ocorre a ingestão de produto considerado impróprio para consumo em virtude da presença de objeto estranho no seu interior, situação que não implica desrespeito à dignidade da pessoa humana, desprezo à saúde pública ou mesmo descaso para com a segurança alimentar. 2. Rever os elementos que levaram as instâncias ordinárias a concluir que houve a ingestão de alimento impróprio para consumo demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AGRG NO ARESP 662.222/SE, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, JULGADO EM 01/09/2015, DJE 04/09/2015)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. EX-EMPREGADO. PERMANÊNCIA EM PLANO DE SAÚDE COLETIVO OFERECIDO PELA EMPRESA. MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. PAGAMENTO INTEGRAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 83 DO STJ. CONTRAPRESTAÇÃO. MODALIDADE. PÓS-PAGAMENTO. VALOR DO PRÊMIO. FORMA DE CÁLCULO. SÚMULA N. 7/STJ. 1. O ex-empregado pode ser mantido no plano de saúde coletivo do ex-empregador com as mesmas condições de assistência médica, desde que assuma o pagamento integral da prestação, sempre com paridade com o que o ex-empregador tivesse que custear. 2. Não se conhece

do recurso especial pela divergência quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. 3. A alteração do sistema de cálculo adotado pelo julgador a quo para a apuração do prêmio do seguro demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 4. Agravo regimental desprovido. (AGRG NO ARESP 674.612/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, JULGADO EM 01/09/2015, DJE 04/09/2015)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. RECOMENDAÇÃO MÉDICA DE TRATAMENTO. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. DECISÃO MANTIDA. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que é abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde terapia ou tratamento mais apropriado para determinado tipo de patologia alcançada pelo contrato. 2. Na esteira da jurisprudência consolidada por esta Corte, os valores fixados a título de danos morais só poderão ser revistos, em sede de especial, apenas em casos que o valor afronta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não estando configurada uma dessas hipóteses, não é cabível rever o valor fixado a título de indenização por danos morais, uma vez que tal análise demanda incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes. 3. A conclusão do Tribunal de Justiça Estadual - de que já houve a fixação de indenização no valor de R\$5.000,00, relativa aos danos morais sofridos pela negativa do tratamento solicitado - decorreu da análise dos elementos fático-probatórios dos autos. Entender de forma diversa implicaria na necessária incursão na seara fática para reexame de provas, conduta vedada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmulas 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRG NO ARESP 729.519/PE, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, JULGADO EM 25/08/2015, DJE 28/08/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. COMPETÊNCIA COMUM. MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. SÚMULA 83/STJ. NECESSIDADE DO FÁRMACO. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1. O Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. Precedentes. 3. Quanto à necessidade do fármaco, observa-se que nesse ponto a fundamentação é predominantemente constitucional

(direito à vida e à saúde) e, ainda, que o afastamento das conclusões adotadas pela Corte de origem, acerca da imprescindibilidade do medicamento, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRG NO ARESP 751.606/SC, REL. MINISTRO SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 25/08/2015, DJE 03/09/2015)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA À INTERNAÇÃO. MORTE DO PACIENTE. AFRONTA AO ART. 458 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Inexiste afronta ao art. 458 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos. 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ. 3. No caso concreto, para alterar a conclusão do Tribunal de origem de que a prova pericial é desnecessária e que o feito está adequadamente instruído, seria necessário o reexame dos elementos fáticos dos autos, o que é inviável em recurso especial ante o óbice da mencionada súmula. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRG NO AGRG NO ARESP 657.106/CE, REL. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, JULGADO EM 20/08/2015, DJE 26/08/2015)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. EMISSÃO DE RELATÓRIO MÉDICO POR MEIO DE ESPECIALISTA PARTICULAR. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535, II DO CPC. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR AS CONCLUSÕES DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o Acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade, razão pela qual não há que se falar em violação ao art. 535, II do CPC. 2. Salienta-se que não é possível introduzir argumento recursal novo por meio de Agravo em Recurso Especial, como pretende o agravante, ao ampliar o rol de dispositivos sobre os quais o acórdão recorrido teria se omitido. 3. Julgamento contrário ao pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. 4. O Agravante não trouxe elementos capazes de reformar a decisão recorrida, que se mantém pelos próprios e sólidos fundamentos. 5. Agravo Regimental do INSTITUTO DE RECURSOS HUMANOS DE PERNAMBUCO-IRH/PE a que se nega provimento. (AGRG NO ARESP 482.819/PE, REL. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 20/08/2015, DJE 31/08/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.961/2000. BASE DE CÁLCULO. DEFINIÇÃO NA RESOLUÇÃO RDC Nº 10. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. VIOLAÇÃO DO ART. 97, IV, DO CTN. PRECEDENTES. 1. O art. 3º da Resolução RDC 10/00 acabou por estabelecer a própria base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar - TSS, prevista no art. 20, inciso I, da Lei nº 9.961/2000, de forma que não se pode aceitar a fixação de base de cálculo por outro instrumento normativo que não a lei em seu sentido formal, razão por que inválida a previsão contida no referido art. 3º, por afronta ao disposto no art. 97, IV, do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.329.782/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/11/2012; REsp 728.330/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 15/4/2009; AgRg no AgRg no AREsp 616.262/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12/5/2015; AgRg no REsp 1503785/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11/3/2015. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRG NO RESP 1231080/RJ, REL. MINISTRO SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 20/08/2015, DJE 31/08/2015)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTE. PRETENSÃO REPARATÓRIA DE DANO AMBIENTAL. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. ACÓRDÃO DESCONSTITUTIVO DE SENTENÇA QUE PROMOVERA JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONTROVÉRSIA. AFRONTA AOS ARTS. 165, 458, II, DO CPC, E ARTS. 189, 197, 198, 199 e 202, DO CC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal a quo manifestou-se fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação, tendo decidido, entretanto, contrariamente aos interesses da parte recorrente, que buscou, com os embargos de declaração, a reapreciação do mérito da causa. Logo, em virtude da não ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade, não se verifica a aludida ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Acórdão claro e ponderado quanto à desconstituição da sentença, tanto mais quando se verifica que a sentença proferida, aparentemente, contradiz a jurisprudência pacífica desta Corte Superior. Com efeito, para o STJ, “por não haver como se presumir da notificação pública ocorrida (2005) os efeitos nocivos à saúde da população local em decorrência do acidente ambiental, o termo inicial conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo” (REsp 346.489/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/6/2013, DJe de 26/8/2013). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRG NO ARESP 114.613/RS, REL. MINISTRO RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, JULGADO EM 18/08/2015, DJE 03/09/2015)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEFERIMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO MÉDICO PRODUZIDO NO ÂMBITO CRIMINAL. TRANSTORNO NARCÍSICO DE PERSONALIDADE. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA.

IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESCOLHIDA. LAUDO PSIQUIÁTRICO ATESTA A INCAPACIDADE RELATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - Inafastável a incidência da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal, porquanto os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal são aplicáveis também em sede de recurso ordinário. - A análise do writ está restrita ao indeferimento da aposentadoria por invalidez. O exame da saúde mental do recorrente importa em ampla indagação e requisita dilação probatória, matéria que refoge por completo ao âmbito restrito do mandamus. - Da leitura atenta e completa do laudo psiquiátrico, resultou atestado que o recorrente, embora possua transtorno de personalidade, não era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito das indisciplinas que cometeu. Agravo regimental desprovido. (AGRG NO RMS 20.451/RS, REL. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, JULGADO EM 18/08/2015, DJE 04/09/2015)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 15 DA LEI N. 7.802/1989 OU ART.56 DA LEI N. 9.605/1998. MANTER EM DEPÓSITO AGROTÓXICO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Constitui crime: a) “produzir, comercializar, transportar, aplicar, prestar serviço, dar destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente” (Lei n.7.802/1989, art. 15); b) “produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” (Lei n.9.605/1998, art. 56). Tão somente o fato de o produto (agrotóxico) encontrado na propriedade do investigado ter procedência estrangeira não atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal que, em razão dele, eventualmente vier a ser instaurada, salvo se houver provas ou fortes indícios da transnacionalidade da conduta delitiva ou de conexão probatória. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã/MS, ora suscitado. (CC 127.183/MS, REL. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), TERCEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 12/08/2015, DJE 01/09/2015)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM..RUÍDO. COMPROVAÇÃO DA ESPECIALIDADE DO TEMPO DE LABOR. I - O tempo de serviço exercido entre o início da vigência da Lei nº 9.032-95 e o advento da regulamentação da Lei nº 9.528-97,

operada pelo Decreto nº 2.172-97, somente pode ser classificado como especial, se o segurado comprovar a efetiva exposição a agentes nocivos à **saúde** e à integridade física por meio de formulário apropriado preenchido pelo seu empregador (SB-40, DSS 8030 e DIRBEN 8030), sendo dispensável, contudo, que tais documentos sejam baseados, necessariamente, em laudo técnico; II - O trabalho exercido a partir da regulamentação da Lei nº 9.528-97, realizada pelo Decreto nº 2.172-97, apenas pode ser caracterizado como especial se comprovada a efetiva exposição a agente prejudicial à saúde e à integridade física por meio de laudo técnico emitido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho; III - Consoante atual entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a comutação do tempo comum do labor exercido em condições especiais após 28 de maio de 1998. IV - O marco inicial do benefício em questão é a data do requerimento administrativo, independentemente de, à época, ter sido apresentada pelo segurado documentação comprobatória suficiente ao reconhecimento da atividade especial por ele exercida. V - Remessa necessária e apelação do INSS parcialmente providas. VI- Apelação do autor provida. (TRF2 2012.51.01.029505-7; CLASSE: APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - RECURSOS - PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO; 2ª TURMA ESPECIALIZADA; 07/08/2015; RELATOR ANDRÉ FONTES)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. COMPETÊNCIA COMUM. SOLIDARIEDADE. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. SUS. TRATAMENTO MÉDICO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPROVIMENTO. 1. Trata-se de remessa oficial e apelações cíveis interpostas contra a sentença proferida em ação comum, pelo rito ordinário, com requerimento de tutela antecipada, objetivando compelir os réus a fornecer a autora o tratamento médico necessário para sua saúde. 2. Não há como estabelecer um ente público específico em detrimento de outro para efetivamente cumprir a obrigação prevista no artigo 196 da CF/88, porquanto o sistema é todo articulado, com ações coordenadas, ainda que a execução das ações e serviços de saúde seja de forma regionalizada e hierarquizada. 3. A legitimidade passiva da União, Estado e Municípios confere a qualquer um deles, isoladamente ou não, a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde, os quais, entre si, estabelecerão a melhor forma de atender ao comando previsto no art. 196 da CF/88, assim como ao art. 2º da Lei 8.080/90. 4. É verdade, por um lado, que, de fato, não cabe ao Poder Público atender ao interesse no fornecimento de medicamento específico em favor de uns poucos em detrimento de outras pessoas que apresentam doenças graves e que, desse modo, poderiam ser prejudicadas caso acolhida a pretensão autoral. Todavia, há que se ter em mente que determinados tipos de doenças, especialmente aquelas já reconhecidas cientificamente quanto à sua existência e tratamento, devem ser incluídas no rol daquelas que merecem a implementação de políticas públicas. 5. Na hipótese dos autos, o Laudo médico emitido pela médica

endocrinologista prescreveu que a autora é “portadora de Diabetes Mellitus tipo 1 há aproximadamente seis anos apresentando controle glicêmico lábil, com hiperglicemias importantes e hipoglicemias severas, mesmo com uso de insulina glargina e ultrar-rápida. Este perfil coloca a paciente em risco de complicações graves com risco de óbito). Indico uso de bomba de insulina (sistema de infusão contínua de insulina)”. 6. Neste contexto, o OFÍCIO/SESA/GEAF nº 523/2014, informou, em 17/04/2014, que a “Bomba de infusão accu-chek combo com aplicador accu-chek link assist, accu-chek spirit cinto, accu-chek spirit capa de silicone, accu-chekspirit clip, case e fornecer anualmente os insumos: set de cartucho plástico com 3,15ml, pacote de serviço (pilha, adaptador e tampa), 3.000 tiras de teste accu-chek performa e 3000 lancetas accu-chek multiclix já foram liberados (...) bastando a mesma ou seu representante legal, se dirigir à farmácia supracitada portando documentos de identificação e de ordem médica”. 7. Em havendo declaração de hipossuficiência da autora para arcar com o tratamento, aliado ao alto custo do tratamento médico, deve o SUS proceder ao seu fornecimento forma gratuita e regular. 8. Apelações e remessa necessária conhecidas e improvidas. Agravo retido não conhecido. (TRF2 2013.50.01.009223-9; CLASSE: APELAÇÃO - RECURSOS - PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO; SUBJ - JULGADOR DA 6ª TURMA ESPECIALIZADA; 04/08/2015; ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. INTERNAÇÃO DOMICILIAR POR 12 HORAS DIÁRIAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O recurso em questão visa a reforma da decisão que, em sede de tutela antecipada, determinou a manutenção da internação domiciliar (home care) da agravada pelo Plano de Assistência aos Servidores do Banco Central - PASBC, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 2. A agravada encontra-se em tratamento domiciliar, sendo assistida pelo período de 24 horas diárias por uma equipe de enfermagem, através do Programa de Assistência à Saúde dos Servidores do Banco Central - PASBC, pretendendo a agravante a redução do período para 6 horas, tendo em vista seu quadro clínico estável, atestado por laudo médico. 3. O PASBC deve assegurar de forma mais ampla possível todos os meios indispensáveis ao custeio de prevenção de doenças, recuperação e manutenção da saúde dos servidores ativos e inativos do Banco Central. 4. O deferimento ou não de liminar ou antecipação de tutela se insere no poder geral de cautela do juiz, que tem melhores condições de verificar a presença dos requisitos necessários à vista dos elementos constantes do processo, somente sendo possível a modificação de decisão teratológica ou fora da razoabilidade jurídica, ou em casos de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, o que não ocorreu, in casu. 5. Todavia, levando-se em conta o laudo médico que estabelece que está acontecendo uma melhora progressiva quanto à deambulação autônoma, a desnecessidade de traqueostomia e programação para a retirada de alimentação via jejunostomia, aceito, em parte, a

argumentação do agravante para reduzir o atendimento de enfermagem para 12 horas por dia. 6. Agravamento interno parcialmente provido. (TRF2 2015.00.00.001790-0; CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVOS - RECURSOS - PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO; SUBJ - JULGADOR DA 6ª TURMA ESPECIALIZADA; 04/08/2015; RELATOR SALETE MACCALÓZ)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO. USO DE EPI. NEUTRALIZAÇÃO DOS EFEITOS NOCIVOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. A decisão agravada se amparou na jurisprudência e Súmula do Superior Tribunal de Justiça, não subsistindo os fundamentos de reforma da agravante nesse sentido. 2. No pertinente ao uso de equipamento de proteção individual, a questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 664335, da relatoria do E. Ministro Luiz Fux, com reconhecimento de repercussão geral, na data de 04.12.2014, em que restou decidido que o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. 3. É possível extrair dos autos, pela descrição das atividades desempenhadas pela impetrante, que estava exposta aos agentes químicos de modo habitual e permanente, inclusive sem a utilização de EPI em alguns períodos. Contudo, nos períodos posteriores a 03.12.98 em que fez uso de EPI, sua eficácia é questionada pelo impetrado e, sem amparo de laudo ou outro documento capaz de indicar a sua real efetividade, gera controvérsia que afasta o direito líquido e certo que impede seu reconhecimento na via mandamental. 4. Agravamento legal não provido. (TRF 3ª REGIÃO, SÉTIMA TURMA, AMS 0002988-70.2013.4.03.6126, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, JULGADO EM 24/08/2015)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE URBANA, EM CONDIÇÃO ESPECIAL. 1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo. 2. A aposentadoria por tempo de serviço, atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição, admitia a forma proporcional e a integral antes do advento da Emenda Constitucional 20/98, fazendo jus à sua percepção aqueles que comprovem tempo de serviço (25 anos para a mulher e 30 anos para o homem na forma proporcional, 30 anos para a mulher e 35 anos para o homem na forma integral) desenvolvido totalmente sob a égide do ordenamento

anterior, respeitando-se, assim, o direito adquirido. 3. Aqueles segurados que já estavam no sistema e não preencheram o requisito temporal à época da Emenda Constitucional 20/98, fazem jus à aposentadoria por tempo de serviço proporcional desde que atendam às regras de transição expressas em seu art. 9º, caso em que se conjugam o requisito etário (48 anos de idade para a mulher e 53 anos de idade para o homem) e o requisito contributivo (pedágio de 40% de contribuições faltantes para completar 25 anos, no caso da mulher, e para completar 30 anos, no caso do homem). 4. Embora exista previsão expressa quanto às regras de transição aplicáveis ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço integral, estas são inócuas, pois desde o início restou ineficaz por ausência de aplicabilidade prática, tendo em vista que confronta com a regra permanente do texto constitucional, que não exige o implemento de idade mínima ou pedágio. 5. Atualmente, são requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições (30 anos para a mulher e 35 anos para o homem), ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à referida Emenda equivale a tempo de contribuição, a teor do art. 4º da Emenda Constitucional. 6. Quanto aos períodos laborados em condições insalubres, cumpre ressaltar que a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais deverão obedecer ao disposto da legislação em vigor na época da prestação do serviço. 7. No tocante à caracterização como atividade especial, o Decreto nº 4.827, de 03 de setembro de 2003, que alterou o art. 70 do regulamento da Previdência Social, entrou em vigor em 04/09/2003, dispondo no seu parágrafo 1º que “a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço”. Acrescentando no § 2º que as regras de conversão de tempo especial em comum “aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período”. 8. Assim, ficou estabelecido que as regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum, constantes do mencionado artigo, aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período, ressaltando-se apenas a necessidade de observância, no que se refere à natureza da atividade desenvolvida, ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço. 9. O Decreto nº 3.048/99 prevê expressamente em seu art. 70 e seguintes (na redação dada pelo Decreto nº 4.827/03), que os fatores de conversão (multiplicadores) nele especificados aplicam-se na conversão, para tempo de serviço comum, do tempo de serviço especial realizado em qualquer época (AgRg no REsp 1116495/AP, J.12/04/2011, Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/04/2011), sendo aplicável o fator 1.4 (um inteiro e quatro décimos) ou 1.2 (um inteiro e dois décimos), para o homem e para a mulher, respectivamente. 10. É possível a conversão de tempo especial em tempo comum após 29/05/1998, uma vez que a norma prevista no artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91 permanece em vigor, tendo em vista que a revogação pretendida pela 15ª reedição da MP 1663 não foi mantida quando da conversão na Lei nº 9.711, de 20-11-98, permanecendo a possibilidade legal de conversão de tempo especial em tempo

comum e sua soma, inclusive para períodos posteriores a maio de 1998. 11. Dessa forma, até a edição da Lei n.º 9.032/95, em 29/04/95, deve-se levar em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, os quais admitem como meio de prova para a caracterização da condição especial da atividade exercida o registro em carteira da função expressamente considerada especial, sem prejuízo de outros meios de prova, ressaltando-se que os Decretos devem ser aplicados concomitantemente, não havendo que se falar em revogação do Decreto n.º 53.831/64, quando da entrada em vigor do Decreto 83.080/79. 12. Após o referido diploma, passou a ser exigida a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos em caráter permanente. No entanto, tendo em vista que a Lei n.º 9.032/95 não estabeleceu a forma pela qual deverá ser comprovada a exposição aos agentes agressivos, resalto que esta poderá, por exemplo, dar-se através da apresentação do informativo SB-40 ou do DSS-8030, sem limitação dos demais possíveis meios de prova. 13. Somente com a edição do Decreto n.º 2172, de 05/03/1997, regulamentando a Medida Provisória n.º 1523/96, tornou-se exigível a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida, mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei n.º 9528, de 10/12/1997. 14. Sendo assim, somente a partir de 10/12/1997, passou a ser exigida a apresentação de laudo técnico ou de formulário baseado em laudo técnico para fins de comprovação da atividade especial exercida. 15. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, conforme julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o RESP 1.398.260-PR, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), julgado em 14/05/2014. 16. Deve ser observado o limite de tolerância de 80 decibéis até a vigência do Decreto n. 2172/97, quando então passou a ser reconhecido o limite de ruído no nível de 90 decibéis, reduzido este, a partir do Decreto n.º 4882/03, para 85 decibéis. 17. A exigência legal de comprovação de exposição a agente insalubre de forma permanente, introduzida pela Lei n.º 9.032/95, que deu nova redação ao § 3º do artigo 57 da Lei n.º 8.213, não pode ser aplicada retroativamente. Acrescente-se que a expressão tempo de trabalho permanente à qual se refere este parágrafo deve ser interpretada como o labor continuado, não eventual ou intermitente, de modo que não significa a exposição ininterrupta a agente insalubre durante toda a jornada de trabalho (STJ, REsp 658016/SC, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v. u., D: 18/10/2005, DJ 21/11/2005 p. 318; TRF da 2ª Região, Processo n.º 200151015310890, AC 330073, 2ª T., Des. Fed. Messod Azulay Neto, v. u., D: 11/04/2006, DJU: 02/05/2006, pág.: 269; TRF da 4ª Região, APELREEX 200470000241760, 5ª T., Rel. João Batista Lazzari, v. u., D: 14/07/2009, D.E. 17/08/2009). 18. A utilização de equipamento de proteção individual (EPI) não descaracteriza a natureza especial da atividade exercida, posto que não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem

o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz os seus efeitos. 19. No caso, devem ser considerados especiais os períodos de 15/02/1991 a 05/03/1997 e de 19/11/2003 a 26/11/2007, porquanto restou comprovada a exposição a ruído acima do limite permitido, conforme os documentos acostados nas fls. 24/28 e 31/32, enquadrando-se no código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 e no item 1.1.5 do Decreto nº 83.080/79, bem como no item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e no item 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99 c/c Decreto n.º 4.882/03. 20. No entanto, o período de 06/03/1997 a 18/11/2003 e de 27/11/2007 a 26/08/2008 deverá ser considerado comum, posto que a documentação apresentada pela parte autora não demonstra a sua condição insalubre, tendo em vista a legislação aplicável à época. 21. Considerando que a parte autora permaneceu laborando até 31/01/2011, não faz jus à aposentadoria pretendida, na sua forma proporcional, tendo em vista o não cumprimento do período adicional conforme o disposto no art. 9º, § 1º, inciso I, alíneas “a” e “b”, da referida Emenda. 22. Agravo legal desprovido. (TRF 3ª REGIÃO, DÉCIMA TURMA, APELREEX 0038620-23.2009.4.03.9999, REL. JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, JULGADO EM 18/08/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS (SUS). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. 1. O direito à saúde, constitucionalmente assegurado, revela-se uma das pilastras sobre a qual se sustenta a Federação, o que levou o legislador constituinte a estabelecer um sistema único e integrado por todos os entes federados, cada um dentro de sua esfera de atribuição, para administrá-lo e executá-lo, seja de forma direta ou por intermédio de terceiros. 2. Existência de expressa disposição constitucional sobre o dever de participação dos entes federados no financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198, parágrafo único. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte. Legitimidade da União Federal. 3. Não deixa dúvidas o inciso III do art. 5º da Lei nº 8.080/90 acerca da abrangência da obrigação do Estado no campo das prestações voltadas à saúde pública. Mostra-se, mesmo, cristalina a interpretação do dispositivo em comento ao elencar, dentre os objetivos do Sistema Único de Saúde SUS, “a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”. 4. No caso concreto, o autor é portador de doença crônica infecciosa CID 10=B20 (AIDS), razão pela qual necessita fazer uso do medicamento “Celsenti 300 mg”, o qual não é distribuído pelo Estado. Em face do alto custo da medicação, não tendo condições de comprá-lo, socorreu-se da via judicial. 5. Assinale-se não ser o paciente quem escolhe o medicamento a ser ministrado e sim o profissional médico diante da necessidade de seu paciente. Não se pode desconsiderar que o médico que acompanha o paciente é quem tem as melhores condições de avaliar o tratamento mais indicado. 6. Perícia judicial comprova encontrar-se o autor sob terapêutica e controle adequado de sua doença, cujas medidas não devem ser modificadas conforme os atuais ditames éticos do exercício da Medicina. Negar-se o fornecimento

pretendido, implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito o direito à vida, à saúde e à dignidade humana. 7. “A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador” (REsp 1.185.474, relator Ministro Humberto Martins, DJe: 29/04/2010). 8. “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.” (STJ, AgRg no REsp 1.107.511, relator Ministro Herman Benjamin, DJe: 06/12/2013). 9. “Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.” (STJ, AgRg no REsp 1.107.511, relator Ministro Herman Benjamin, DJe: 06/12/2013). (TRF 3ª REGIÃO, SEXTA TURMA, AC 0007511-91.2008.4.03.6000, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, JULGADO EM 13/08/2015)

DIREITO PUBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. ANVISA - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA E AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA - RDC 238/2001 - INCIDÊNCIA SOBRE CADA ESTABELECIMENTO (FILIAL) - ILEGALIDADE - ART. 23, LEI 9.782/99. 1. A Lei nº 9.782/1999, ao definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, deixou expressa, nos artigos 7º e 8º, a competência da ANVISA para administrar a taxa de fiscalização decorrente da autorização de funcionamento de empresas que fabriquem, distribuam ou importem “produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública”, bem como de empresas que comercializem medicamentos. 2. A teor do disposto no art. 23 da Lei nº 9.782/99, a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária tem por hipótese de incidência a “autorização e a autorização especial de funcionamento de empresa”, concedidas pela ANVISA a partir do recolhimento da taxa de fiscalização devida pelas empresas (matrizes) com validade para todo o território nacional. 3. Deflui da própria legislação a distinção entre autorização de funcionamento e licença, aquela devida pelas matrizes das empresas cadastradas, com validade para todo o país, e esta, exigida de cada uma das filiais, independentemente da localidade em que se encontrem (arts. 50 e 51, Lei 6.360/76). 4. Afastada, pelo art. 4º da Lei nº 5.991/73, a equiparação entre “estabelecimento” e “empresa”, não há base legal a amparar a previsão contida na RDC nº 238/2001, sendo indevida a taxa de fiscalização dos estabelecimentos (filiais) das empresas autorizadas. (TRF 3ª REGIÃO, SEXTA

TURMA, AC 0015622-26.2006.4.03.6100, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, JULGADO EM 13/08/2015)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTE. QUEIMA CONTROLADA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA CONCESSÃO DE LICENÇA. NECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Insurge-se o ESTADO DE SÃO PAULO contra o condicionamento da concessão de licença/autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar à realização de Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). 2. Esta Corte já se pronunciou em caso semelhante, assegurando que a falta de estudo prévio de impacto ambiental na concessão de licença/autorização para a queima controlada em canavial - em princípio - não é inconstitucional. Também, que a legislação estadual paulista vem se desenvolvendo no sentido da gradativa eliminação do uso do fogo como método facilitador do corte da cana-de-açúcar, numa tentativa de contrabalancear os impactos ambientais e socioeconômicos que envolvem a questão. 3. Os supostos prejuízos econômicos dos produtores de cana (aliás, muito questionável) não pode se sobrepor ao bem estar de um número indeterminável - mas que atinge milhões - de paulistas, tampouco justifica o sacrifício de animais inocentes que habitam as áreas lindeiras das culturas de cana, e menos ainda o malefício ao meio ambiente como um todo. 4. Embora o artigo 225, § 1º, IV em tese sirva para condicionar o estudo de impacto ambiental a prévia exigência legal, de outro lado deve-se ler o dispositivo constitucional de modo correto; ele prescreve a prévia exigência legal para atividades potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente. No caso, a queima da palha de cana é atividade EVIDENTEMENTE degradadora da saúde humana, do meio ambiente e de outras atividades econômicas; não é um mero risco: é um dano objetivo e consumado e isso ninguém pode em sã consciência negar ou sequer tentar esconder (as imensas nuvens de fumaça negra que cobrem o interior do Estado não deixam que se tente ocultar esse sinistro). 5. Nesse cenário não é absurdo que o Judiciário seja compelido a ditar - ainda que excepcionalmente - uma política pública de salvaguarda do meio ambiente, que têm evidente reflexo na proteção de um direito social como a saúde (art. 6º da Constituição Federal). 6. Assim, não se pode dizer que o ESTADO DE SÃO PAULO está provido de integral razão, diante da bem fundamentada decisão a qua que não tem foros de inconstitucionalidade. 7. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF 3ª REGIÃO, SEXTA TURMA, AI 0023504-59.2013.4.03.0000, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, JULGADO EM 13/08/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DIREITO CONSTITUCIONAL - PROVA DA NECESSIDADE - LEGITIMIDADE PASSIVA - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - RECURSO IMPROVIDO. 1. O presente recurso foi distribuído por prevenção ao Agravo de Instrumento nº 2014.03.00.030894-5. 2. O fornecimento gratuito de medicamentos deve atingir toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não

só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. A padronização significa que os medicamentos padronizados serão os habitualmente fornecidos, o que não impede que o SUS forneça outro tipo de medicamento, indispensável ao tratamento. 3. Sob a óptica de princípios constitucionais, como os da dignidade humana, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade, infere-se a lesão grave e de difícil reparação que se mostra, na verdade, na expectativa de vida do paciente, autorizando a antecipação dos efeitos da tutela nos autos de origem, nos termos em que concedida pela decisão ora agravada. 4. O direito ao medicamento pleiteado decorre de garantias constitucionais, como os direitos à vida (art. 5.º, caput, CF) e à saúde (arts. 6.º e 196, CF), entre outros, competindo a todos os entes federativos o seu fornecimento. 5. Não obstante a debilidade da instrução deste recurso, há prova nos autos de origem, conforme fundamentado pelo Juízo recorrido, da necessidade do medicamento tendo a autora, ora agravada, juntado laudo médico que atesta a enfermidade e receituário prescrevendo o tratamento, nos exatos termos do pedido. 6. No caso, há responsabilidade solidária dos demais entes federados, União, Estado e Município. 7. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. 8. Agravado de instrumento improvido. (TRF 3ª REGIÃO, TERCEIRA TURMA, AI 0030934-28.2014.4.03.0000, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, JULGADO EM 06/08/2015)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. UNIDADES BÁSICAS DE SAÚDE. PREFEITURA. DESNECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO E CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. 1. São manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer erro ou contradição no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma que, à luz da legislação aplicável, decidiu expressamente que “consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firme no sentido de que a Súmula 140/STF deve ser interpretada considerando dispensário de medicamentos a pequena unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos para efeito de afastar a obrigatoriedade da exigência de manter profissional farmacêutico, conforme acórdão proferido no RESP 1.110.906, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 07/08/2012, pelo regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil”, e que “as Unidades Básicas de Saúde do Município de Olímpia não possuem leitos (Fonte: endereço eletrônico do CNES - Indicadores). Portanto, a sentença está em consonância com o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pelo que deve ser mantida tal como proferida”. 2. Concluiu-se que, in casu, “não se aplica a Lei 13.021, de 08 de agosto de 2014, pois as autuações são anteriores à sua vigência (f. 14/9)”. 3. Não houve qualquer erro ou contradição no

juízo impugnado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Assim, se o acórdão violou a Lei 13.021/2014, como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios. 4. Para corrigir suposto error in iudicando, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito, motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita. 5. Embargos de declaração rejeitados. (TRF 3ª REGIÃO, TERCEIRA TURMA, AMS 0002166-10.2014.4.03.6106, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, JULGADO EM 06/08/2015)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO

DIREITO PENAL DA SAÚDE. CONTRABANDO. MEDICAMENTOS. DESCAMINHO. MERCADORIAS DIVERSAS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. CONFIRMAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO. NÃO APLICAÇÃO. 1. A persecução penal pelo crime do artigo 334 do Código Penal prescinde do encerramento do processo administrativo fiscal, ao contrário do que ocorre no crime previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90. A ausência de lançamento definitivo do tributo não obsta a persecução penal. 2. No crime de contrabando de medicamentos, apenas excepcionalmente se admite o reconhecimento da insignificância jurídico-penal da conduta, quando a quantidade de fármacos é condizente com alegação de consumo próprio pelo agente, que busca apenas a aquisição do medicamento a preço mais favorável do que aquele do mercado interno (TRF4, ACR 0002437-72.2009.404.7106, Rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha, 7ª T, u., 16.4.13). Tal construção leva em conta o fato de que as modalidades típicas do § 1º do artigo 273 do Código Penal somente se configuram quando houver finalidade de comercialização, o que deve ser reconhecido mesmo em relação à modalidade importar, quando considerado que todas as demais condutas descritas no tipo requerem fim de comércio. 3. No crime de contrabando de medicamentos de procedência estrangeira, sem registro na ANVISA, não é possível o reconhecimento da insignificância com base no valor dos tributos iludidos, pois se trata de importação de mercadoria proibida, considerando, ainda, que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. 4. Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes de descaminho incide o princípio da insignificância quando o valor sonegado for inferior a R\$ 20.000,00, nos termos da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, aplicando-se inclusive aos fatos pretéritos. 5. Se o réu é denunciado por crimes de descaminho de mercadorias diversas e contrabando de medicamentos sem registro na ANVISA, é possível o

reconhecimento da insignificância da conduta em relação ao descaminho, com base no valor dos tributos iludidos. 6. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito previsto no artigo 334 do Código Penal, confirma-se a sentença condenatória. 7. A atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida em favor do réu quando a confissão perante a autoridade, em conjunto com outros meios de prova, tenha embasado a condenação. Trata-se de estímulo à verdade processual e sempre atenua a pena, ainda quando existe flagrante, pois se trata de circunstância objetiva, que simplifica a instrução criminal. 8. O efeito da condenação, consistente na inabilitação para dirigir veículos, deve ser aplicado em casos de descaminho, contrabando, bem como de tráfico de drogas, armas, animais ou pessoas, quando evidenciado que a fruição do direito de dirigir teve importância no “iter criminis”. Em se tratando de importação de pequena quantidade de medicamentos, que poderia ter sido importada e transportada sem necessidade de utilização do automóvel, afasta-se a inabilitação para dirigir veículo. (TRF4, ACR 5000264-74.2010.404.7002, SÉTIMA TURMA, RELATOR P/ ACÓRDÃO MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, JUNTADO AOS AUTOS EM 10/09/2015)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. Inês Agliardi Magni interpôs apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de auxílio-doença. Para a concessão de benefício por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) ou por redução da capacidade laboral (auxílio-acidente), o julgador, via de regra, firma sua convicção por meio de perícia técnica (médica). No caso concreto, de acordo com as informações disponíveis no Sistema Plenus (cujos extratos determino a juntada aos autos), a parte autora obteve o auxílio-doença nos períodos de 16 de março a 30 de novembro de 2006 (NB 516.130.209-3) e de 03 de abril a 31 de agosto de 2007 (NB 520.150.534-8). Nas duas oportunidades, o benefício foi concedido por força da patologia de CID G40 (epilepsia) e suspenso em razão de a perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social não mais constatar a incapacidade laborativa da autora (fls. 27-28). A perícia judicial, realizada em 26 de agosto de 2014 por médico do trabalho, concluiu que a autora - autodeclarada faxineira diarista, há época com 63 (sessenta e três) anos de idade - mantém o quadro clínico de epilepsia (CID G40), o que não necessariamente implica incapacidade laborativa, pois, no momento, não existem evidências objetivas de alterações neurológicas e as crises epiléticas estão controladas com uso de medicamento anti-convulsivante (sic) (fls. 62-64). Todavia, os atestados médicos de fls. 12, 61 verso e 91, firmados entre os meses de março e novembro de 2014 por especialistas em Neurologia e Medicina de Família e Comunidade vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS), dão conta de idêntico diagnóstico, secundário à neurocisticercose calcificada, que, por sua vez, está associada a outros sintomas crônicos de CID R42 (tontura e instabilidade), R51 (cefaleia) e F33 (transtorno depressivo recorrente), os quais não tem respondido adequadamente aos tratamentos (sic), de modo que a doença não estaria adequadamente controlada com o uso de

medicação. Regra geral, embora se considere desnecessário que o perito judicial seja especializado na área médica correspondente à patologia do periciando - devendo prevalecer o conhecimento técnico suficiente para a avaliação proposta e a elaboração de laudo bem fundamentado e conclusivo -, tem esta Turma entendido que, nos casos em que se investiga a incapacidade para o trabalho oriunda de doenças cardíacas, psiquiátricas e, por vezes, neurológicas, não só a variedade de implicações que o diagnóstico pode acarretar, como também a complexidade que geralmente as envolvem demandam uma análise pormenorizada, o que demonstra a necessidade de avaliação por médico especialista (TRF4, AG 0004523-18.2014.404.0000, Sexta Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, D.E. 12/11/2014). Frente a esse contexto, e com amparo no disposto nos artigos 130, 131 e 515, §4º, do Código de Processo Civil, entendo necessária a baixa dos autos em diligência para que a parte autora seja intimada à realização de nova perícia médica judicial por especialista em Neurologia. De posse de eventuais exames e documentos mais recentes, deve o perito responder aos seguintes quesitos, além dos constantes nas fls. 36 a 38 dos autos: 1) A autora apresenta quais moléstias? Quais os respectivos códigos definidos pela CID-10? 2) Desde quando tais moléstias acometem a autora? São doenças progressivas ou degenerativas? Descreva a evolução do quadro mórbido. 3) Em decorrência dessas doenças, a autora está incapacitada para o exercício de sua atividade laboral habitual? Qual é essa atividade? 4) Em caso positivo, a incapacidade laboral é total (para toda e qualquer atividade) ou parcial (pode a parte autora exercer alguma atividade)? Em caso de incapacidade parcial, especificar quais atividades a autora pode exercer. 5) Pode-se definir desde quando a autora está incapacitada para o trabalho? 6) A incapacidade, se existente, é temporária ou definitiva? 7) Seria possível que a autora, embora portadora da moléstia, permanecesse exercendo sua atividade habitual? 8) Esclareça o perito a evolução do quadro mórbido da paciente, desde o início das moléstias diagnosticadas, referindo, se possível, a época em que teve início eventual incapacidade total e definitiva da autora. Após a elaboração do laudo, intemem-se as partes para eventual manifestação. Em face do que foi dito, baixem-se os autos à origem para a realização de nova prova pericial, na forma acima descrita, no prazo de 60 dias. Concluída a diligência, com as providências de praxe, voltem conclusos. Intemem-se. (TRF4, AC 0007039-50.2015.404.9999, SEXTA TURMA, RELATOR OSNI CARDOSO FILHO, D.E. 04/09/2015)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUINTA REGIÃO

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO DOENÇA. RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE DO SEGURADO PARA A ATIVIDADE RURAL. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIOS. 1. Para a concessão dos benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez basta a comprovação da qualidade de segurado e a incapacidade para o trabalho, temporária ou definitiva. 2. In casu, a qualidade de

segurada especial não restou questionada pelo INSS no momento em que indeferiu o benefício de auxílio doença, fazendo-o com espeque apenas na não configuração da incapacidade para o trabalho, com fundamento em conclusão médica contrária. Ademais, referido requisito restou sobejamente demonstrado, conforme ressei do conjunto probatório inserto aos autos, em especial do Termo de Homologação de Atividade Rural, referente ao período de 2004 a 2010, e da prova testemunhal, colhida em juízo (fls. 135/136), onde afirma que a demandante é agricultora e que, por conta do seu problema de saúde, deixou de trabalhar na roça. 3. Quanto a incapacidade para o exercício de atividade laborativa, não obstante a perícia médica tenha concluído que a autora não está incapacitada para o labor, o médico perito reconheceu ser a autora portadora de diabetes mellitus insulino-dependente, doença crônica irreversível, podendo levar a danos em vários órgãos como olhos, rins e coração, se não for adequadamente tratada. 4. Convém esclarecer que o magistrado não está jungido à conclusão da perícia médica, podendo formar seu convencimento motivado com base em outros elementos probatórios. As testemunhas ouvidas em juízo atestam “que a autora não tem condições de comprar a medicação para diabetes; que às vezes pega no SUS e que às vezes falta medicamento; que a autora vem perdendo peso visivelmente”. 5. Ante este panorama, concluir que a autora não está incapacitada para o trabalho rural seria cometer grande insensibilidade, eis que referido labor exige desprendimento de esforço físico e exposição ao sol, condições incompatíveis com o estado de saúde atual da demandante. Reputa-se, portanto, demonstrado nos autos a incapacidade para o labor rural. 6. Como bem ressaltou a eminente magistrada, “não é preciso ser nenhum expert para concluir que ela não tem condições de exercer o trabalho na roça nesse momento. Sabemos que a diabetes é uma doença tratável, e que, quando controlada, o paciente poderá ter uma certa qualidade de vida. No entanto, a autora apresenta-se totalmente debilitada, não tendo condições de exercer a labuta na roça. A incapacidade dela para a agricultura, nesse momento, é gritante!” 7. Estando a autora impossibilitada de exercer sua atividade habitual, deve ser mantida a sentença que condenou o INSS a conceder-lhe o benefício de Auxílio Doença, a partir do requerimento administrativo, direito que lhe é pertinente e que está em conformidade com a legislação previdenciária. 8. Atendidos os pressupostos do art. 273 do CPC - a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável -, é de ser mantida a antecipação da tutela anteriormente concedida, sobretudo porque o benefício requestado tem natureza alimentar e é necessário para custear o tratamento da autora. 9. Em decorrência da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/2009 e do entendimento pacificado no Pleno desta Corte Regional (sessão do dia 17/6/2015), os juros moratórios são devidos, a contar da citação e sem necessidade de modulação (aplicável apenas ao pagamento de precatórios), no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês (art. 1º-F da Lei 9.494/97), ainda que se trate de demanda previdenciária. A correção monetária deverá seguir as orientações do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal

vigente à época do trânsito em julgado do título executivo. 10. Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação, observando-se, todavia, os limites da Súmula 111 do STJ. 11. Apelação do INSS parcialmente provida, apenas quanto aos juros de mora e honorários advocatícios. (TRF5, 00026128020154059999, AC582730/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, PRIMEIRA TURMA, JULGAMENTO: 27/08/2015)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. COMPETÊNCIA COMUM. POLÍTICAS PÚBLICAS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). TRATAMENTO ONCOLÓGICO. MELHORIA DE COBERTURA. 1. Sentença que, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, determina, sob pena de multas, a adoção de medidas voltadas à melhoria dos serviços de oncologia prestados no Estado de Sergipe através do Sistema Único de Saúde (SUS). 2. Remessa oficial. Apelação do Estado de Sergipe alegando ingerência indevida do Judiciário em matérias afetas ao Executivo, legalidade das ações administrativas e excesso no arbitramento das multas. Apelação da Fundação Hospitalar de Saúde reclamando de julgamento estranho ao pedido, de afronta ao princípio da tripartição dos Poderes e de falta de justificativa para a aplicação de multa diária. Apelação do Município de Aracaju sustentando: a) não competir ao Judiciário “fixar prioridades no desenvolvimento de atividades administrativas”; b) não caber aos municípios a instalação de unidades de tratamento oncológico; c) ser inconcebível “o deferimento de ordem para custeio de tratamento radioterápico na rede particular”; d) evidenciar-se tecnicamente inviável o atendimento imediato dos provimentos jurisdicionais antecipados; e) serem inaplicáveis ao Município ou, quando menos, irrazoáveis as multas fixadas para o caso de descumprimento das determinações judiciais; f) carecer de propósito a multa estabelecida por conta de eventual ato atentatório ao exercício da jurisdição. Apelação da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) negando existir resistência ao pedido de licenciamento do serviço de radioterapia do Hospital de Cirurgia e ressaltando a excesso da sentença ao determinar a emissão de licenças de funcionamento para novos serviços de radioterapia que venham a ser instalados pelos demais réus. Apelação da União afirmando: a) ser estranha ao pedido inicial a determinação de custear tratamento de pacientes fora do Estado de Sergipe; b) não caber à União a instalação de serviços de radioterapia; c) constituir ingerência indevida na Administração a disposição judicial de obrigar a instalação de serviço radioterápico de forma isolada; d) descaber a aplicação de multa a pessoa jurídica de direito público; f) não ser devida multa por descumprimento de obrigação sem que esta haja sido efetivamente imposta nem ser exigível da União a multa por suposto atentado à dignidade da justiça, seja pela falta de fundamentação, seja pela confusão entre credor e devedor. 3. Parecer da Procuradoria Regional da República opinando pelo não provimento das apelações. 4. Presente no processo um dos entes mencionados no art. 109, I, da Constituição Federal, “a competência será da Justiça Federal, a quem caberá decidir, se for o caso,

a legitimidade para a causa” (CC nº 40.534/RJ, STJ, Primeira Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 17/5/04, p. 100). 5. Por outro lado, havendo causas cumuladas, a eventual competência da Justiça Federal para conhecer de alguma delas somente se comunica às demais que lhe sejam necessariamente vinculadas, porquanto a cumulação só prorroga a competência relativa, não a absoluta (CPC, art. 292, parágrafo 1º, II). 6. Incompetência da Justiça Federal para conhecer do pedido de disponibilização de tratamento de pacientes fora de domicílio, endereçado apenas contra o Estado de Sergipe, e do destinado a por em funcionamento o aparelho de braquiterapia do Hospital de Urgência, formulado apenas contra o mesmo Estado de Sergipe e contra fundação estadual. 7. “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente” (RE nº 855.178 RG/PE, Pleno, Min. Luiz Fux, DJE 16/3/15, julgado com repercussão geral). 8. Caso em que se discute, mais que direito individual homogêneo a tratamento médico específico, o direito difuso da população à regularização e à eventual ampliação da rede pública de tratamento oncológico no âmbito do Estado de Sergipe. Objeto complexo que jamais poderia ser alcançado sem atuação efetiva da União. Legitimação passiva desta reconhecida. 9. “Manifesto o interesse jurídico da União, com desfrute da competência da Justiça Federal, legitima-se ativamente o Ministério Público Federal para promover a ação que a qualifica no pólo passivo da relação processual. Ilegitimação ativa do Ministério Público Estadual. Impossibilidade deste agir como ‘custos legis’ ou de litisconsorciar-se ativamente com o parquet federal” (REsp nº 287.389/RJ, Primeira Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ 14/10/02, p. 190). Exclusão do Ministério Público de Sergipe da lide. 10. Licença de funcionamento do serviço de radioterapia do Hospital de Cirurgia concedida antes da sentença. Falta superveniente do interesse processual quanto a essa pretensão específica. 11. Inexistência de pedidos que possam fundamentar a determinação da sentença de obrigar a União, o Estado de Sergipe e o Município de Aracaju: a) a atenderem os pacientes necessitados de radioterapia no prazo máximo de trinta dias; b) a manterem lista de espera única; e c) a informarem mensalmente ao juízo os dados referentes aos pacientes em tratamento e aos que se encontram em lista de espera. 12. “O acolhimento de pedido formulado em ação civil pública não está sujeito a reexame necessário” (APELREEX nº 29.645/AL, TRF5, Primeira Turma, Des. Federal Convocado Emiliano Zapata Leitão, j. 21/5/15). 13. O Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas de saúde, desde que não haja inovação jurídica (SL nº 47 AgR, Pleno, Min. Gilmar Mendes, DJE 30/4/10). 14. A Portaria nº 741/05 do Secretário de Atenção à Saúde estabelece que o número de Unidades ou de Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Unacons ou Cacons) deve observar a proporção mínima de uma dessas estruturas para cada mil novos casos anuais de câncer, excetuados os de pele (não melanoma). Norma cujo descumprimento não ficou evidenciado. 15. Incompetência da Justiça Federal para conhecer dos pedidos formulados exclusivamente contra o Estado de Sergipe

e contra este e a Fundação Hospitalar de Saúde; ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado de Sergipe; falta de interesse processual superveniente relativamente ao pedido deduzido contra a CNEN; e nulidade da sentença nas partes em que determinou: a) o oferecimento de tratamento fora de domicílio; b) a colocação em funcionamento do aparelho de braquiterapia existente no Hospital de Urgência; c) a concessão das licenças de funcionamento dos novos serviços de radioterapia em trinta dias; d) o atendimento dos pacientes necessitados de radioterapia no prazo máximo de trinta dias; e) a manutenção de lista de espera; e a informação mensal dos dados referentes aos pacientes em tratamento e aos que se encontram em lista de espera. Declaração de ofício. 16. Remessa oficial da qual não se conhece. Apelações da Fundação Hospitalar de Saúde e da CNEN prejudicadas. Apelações da União, do Estado de Sergipe e do Município de Aracaju das quais se conhece, em parte, e, nessa parte, a elas se dá provimento, para rejeitar a pretensão inicial. (TRF5, 200985000064642, APELREEX24256/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, PRIMEIRA TURMA, JULGAMENTO: 27/08/2015)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE DANO AMBIENTAL. LIXÃO A CÉU ABERTO. IBAMA. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS. LEI NO. 12.305/10. REGULARIZAÇÃO DO ATERRO. PRAZO ULTRAPASSADO. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. DANO IN RE IPSA. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. MULTA POR RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, NÃO CABIMENTO. PARCIAL PROVIMENTO. 1. remessa oficial e apelação interposta pelo MUNICÍPIO DE BOM JARDIM contra decisão do Juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, que condenou o município 1) a protocolizar projeto de aterro sanitário definitivo, no prazo de 5 (cinco) meses; 2) a se abster de despejar resíduos de toda natureza em qualquer lugar que não o aterro adequado, com prazo de tolerância de 4 (quatro) meses; 3) no prazo de 6 (seis) meses, a iniciar as obras de implantação do aterro sanitário, contado o prazo da data de sua ciência da decisão da CPRH que lhe comunicar a concessão de licença ambiental para o início das obras; 4) no prazo de 1 (um) ano, concluir as obras de construção e instalação do aterro sanitário referido no item anterior, em conformidade com as especificações da CPRH; 5) no prazo de 3 (três) meses, contados a partir da licença ambiental de operação, a pôr em plena operação o aterro sanitário, em conformidade com as especificações da CPRH; 6) no prazo de 6 (seis) meses), contados a partir do momento em que este ato se tornar exigível, apresentar ao IBAMA um Projeto de Recuperação de Área Degradada a ser elaborado por engenheiro sanitário e por engenheiro florestal ou agrônomo, contratados às suas expensas, com vistas a recuperar os danos ambientais cometidos no local de funcionamento do lixão irregular de que cuida esta ação, bem como com vistas a

reflorestar a área afetada; 7) a pagar multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais) por cada dia de atraso; 8) a pagar R\$30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais coletivos. A sentença também julgou improcedente o pedido de condenação do prefeito a pagar multa diária em razão de eventual atraso e, considerando que o autor sucumbiu em parte mínima, condenou o Município ao pagamento dos honorários sucumbenciais. 2. O art. 17, parágrafo 3º da LC 140/10 prevê a atribuição comum de fiscalização a qualquer ente federativo. A União, através do IBAMA possui legitimidade ativa para atuar no processo, pois, além de a competência para a fiscalização ser comum, os entes municipal e estadual permaneceram omissos ante o dano causado à natureza. Precedente: AC549058/RN. 3. Interesse de agir presente, pois, apesar das medidas já tomadas pelo município apelante, não há qualquer prova nos autos que indique o efetivo início das atividades para a construção do aterro. Os documentos existentes não são suficientes sequer para provar a protocolização do projeto de aterro sanitário definitivo perante o CPRH - Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos. 4. “Não padece de nulidade a sentença que ao apreciar a matéria, apresenta motivação coerente com os fatos especificados pelas partes. Ademais, não é nula a sentença com motivação sucinta ou deficiente, mas apenas aquela despida de total fundamentação”. (STF - AI: 746962 GO, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 24/05/2012, Data de Publicação: DJe-109 DIVULG 04/06/2012 PUBLIC 05/06/2012). 5. A Lei no. 12.305/10 estabeleceu o prazo de quatro anos para que os municípios realizassem as atividades necessárias para regularizar a disposição final dos resíduos. Entretanto, o limite temporal já foi ultrapassado e poucas iniciativas foram tomadas. 6. Não merece prosperar a invocação da reserva do possível, uma vez que padece quando ponderada com o mínimo existencial que garante a prevenção de maiores danos para o meio ambiente e para a população. 7. O prejuízo causado pelo despejo irregular não atinge apenas o meio ambiente, mas também a coletividade, atingindo valores essenciais à dignidade humana, tais como a vida e a saúde, pelo risco de contaminação do ar e da água, assim como, pelo risco de proliferação de doenças através de vetores presentes em tais ambientes. 8. Cabível a indenização por dano moral coletivo, “sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado” (REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013). 9. Não há necessidade de prova pericial, como afirma o apelante, para a constatação do dano coletivo, que neste caso é *in re ipsa*, ou seja, decorre do simples fato da violação. (REsp 1245149/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 13/06/2013). 10. Precedente deste Tribunal que fixou o montante da indenização em 30.000,00 (trinta mil reais), em razão de a área ser depósito de resíduos hospitalares contaminantes (APELREEX30667/PE). Por o caso em comento não abarcar lixos hospitalares, cabível a redução da indenização por danos morais coletivos para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). 11. No que concerne à imposição de multa ao agente público responsável pela administração, a

jurisprudência é uníssona no sentido de não ser possível pela ausência de previsão legal. Nesse sentido estão os seguintes julgados desta Eg. Corte: APELREEX32150/PB; AC579332/PE; APELREEX32144/PB; EDAG126265/01/PB; REO558480/PE; AG120954/PE. 12. A sucumbência da autarquia foi mínima quando comparada à sucumbência do Município, de forma que não há que se falar em sucumbência recíproca, sendo aplicável o disposto no parágrafo único do art. 21, do Código de Processo Civil. 12. Apelação e Remessa Oficial parcialmente providas, apenas para reduzir a condenação do dano moral coletivo. (TRF5, 00132451420124058300, APELREEX32592/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, QUARTA TURMA, JULGAMENTO: 25/08/2015)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONFIGURAÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. COMPROVAÇÃO. EFEITOS FINANCEIROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. 1. Não há falar em ausência de interesse de agir, ainda que o autor tenha apresentado em sede administrativa PPP diverso do acostado nesta via. É que o INSS, em sua defesa (contestação) discute o mérito sustentando a inexistência do direito do autor. 2. Pretende o autor a concessão de aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de tempo de serviço laborado sob condições especiais, no período compreendido de 01/08/1982 a 14/04/2011, cujo pleito restou deferido pelo juiz singular. 3. Ainda que a profissão de técnico agropecuário/engenheiro agrônomo não seja considerada como especial, por presunção legal (Decretos 53.831/64 e 83.080/79), tal não é óbice ao reconhecimento da referida condição, desde que comprovado por outros meios que o exercício de atividades desempenhadas antes do advento da Lei nº 9.032/95, fora efetivamente prejudiciais à saúde. 4. Comprovado o exercício de atividade do autor, junto à Companhia Alagoana de Recursos Humanos e Patrimoniais - CARHP (EMATER), através de CTPS, Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) e de laudo técnico (elaborado por engenheiro de segurança do trabalho), que o requerente esteve exposto a agentes químicos (fungicidas, herbicidas e inseticidas e hidrocarbonetos) e biológicos (vírus, bactérias e fungos), de modo habitual e permanente, no período de 01/08/1982 a 14/04/2011, é devido o reconhecimento do aludido interstício como prestado sob condições especiais. 5. Ainda que o INSS alegue que o primeiro PPP, apresentado na via administrativa, por dizer respeito ao período de 1982 a 2006, não é contemporâneo a todo o período pleiteado, o que lhe retiraria a credibilidade, em verdade, o argumento não colhe, a final o autor ao ajuizar a ação apresentou um segundo PPP que revela o desempenho de atividades insalubres de 1982 a 2011. 6. Totalizando os interstícios em questão tempo superior a 25 anos de serviço, é de ser mantida a sentença que concedeu a aposentadoria especial, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91. 7. Os efeitos financeiros da condenação devem ser contabilizados da data do ajuizamento da presente ação, considerando que somente em juízo com a apresentação de novo PPP é que restou demonstrada a exposição às atividades insalubres em todo o período pleiteado. 8. Sobre as parcelas devidas, aplica-se o critério de atualização previsto no

Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar do débito e juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação. 9. Honorários advocatícios mantidos no percentual de 10% do valor da condenação, mas excluídas as parcelas vincendas (Súmula 111 do STJ). 10. Apelação e remessa oficial parcialmente providas, quanto aos efeitos da condenação, correção monetária, juros de mora e a exclusão das parcelas vincendas, quando dos cálculos dos honorários advocatícios. (TRF5, 00062097920114058000, APEL-REEX26972/AL, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, SEGUNDA TURMA, JULGAMENTO: 04/08/2015)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO. PERÍODO TRABALHADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO A AGENTE NOCIVO. ELETRICIDADE. IMPLEMENTO DOS REQUISITOS. APELO NÃO PROVIDO. I. Remessa Oficial e Apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação ordinária para reconhecer como especial o tempo de serviço prestado pelo autor no período de 01/10/1973 a 02/05/2000 e, conseqüentemente, condenar a Autarquia Previdenciária a revisar o seu benefício, pagando-lhe as diferenças devidas. II. Até a edição do Decreto n. 2.172, de 05 de março de 1997, que regulamentou a Lei n.º 9.032/95, de 29 de abril de 1995, bastava que a atividade exercida pelo segurado estivesse enquadrada em qualquer uma das arroladas nos Decretos n.ºs 53.831/64 e 83.080/79 para ser reconhecida a sua natureza especial. Após a vigência do citado Decreto até a Lei 9.711/98 (28.05.98), passou-se a exigir que a atividade fosse exercida com efetiva exposição a agentes nocivos. Antes, tal comprovação era feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, posteriormente, com apresentação de laudo técnico. III. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo de Controvérsia (CPC, art. 543-C), reconheceu a especialidade da exposição à eletricidade mesmo após a vigência do Decreto 2.172/97, considerando que o rol de agentes e atividades nocivas à saúde do trabalhador previstos nas normas regulamentadoras é apenas exemplificativo; de tal forma que a ausência do enquadramento do agente nocivo ou da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria, se devidamente demonstradas as condições nocivas à saúde do trabalhador. Precedente: REsp 1.306.113/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, Dje 7.3.13. IV. A parte autora, durante o período de 01/10/1973 a 02/05/2000, trabalhou na empresa CAGECE, onde exercia a função de Operador de Estação Elevatória. Notícia o PPP que o autor estava exposto a eletricidade de 220V, 380V, 6,6kV e 13,8kV, de forma habitual e permanente. V. Juros moratórios fixados no percentual de 0,5%, ao mês e correção monetária, na forma estabelecida no Manual de Cálculos da Justiça Federal. VI. Manutenção dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença (Súmula 111 do STJ). VII. Remessa Oficial e Apelação não providas. (TRF5, 00008657420124058100, APELREEX28786/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO), SEGUNDA TURMA, JULGAMENTO: 04/08/2015)

ARGENTINA

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Basi, Lidia Josefa el Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba si demandada*”, para decidir sobre su procedencia. Considerando: 10) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, al declarar formalmente inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la actora, confirmó la sentencia de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de esa jurisdicción local que habia rechazado su reclamo indemnizatorio por las consecuencias del accidente sufrido el 24 de julio de 1997 cuando se dirigia a su trabajo. Contra tal pronunciamiento la afectada dedujo el recurso extraordinario que, al ser denegado, dio origen a esta presentación directa. 2º) Que para resolver en el sentido indicado el a quo entendió que en la especie no se concretaba vicio susceptible de casación pues consideró que las impugnaciones de la actora solo se dirigian contra expresiones aisladas de la resolución recurrida sin rebatir la exégesis allí dada al arto 6º inc. 1 de la ley 24.557. De ese modo convalidó la interpretación efectuada en la instancia anterior en cuanto a que el trayecto habitualmente realizado por la empleada -psicóloga dependiente del Ministerio de Salud y Seguridad Social de la provincia de Córdoba- habia sido interrumpido o alterado dado que el siniestro habia ocurrido cuando cruzaba la calle con el propósito de comprar pan para llevar a sus compañeros y a los niños que atenderia. Así, se estimó que la interrupción del itinerario solo podía justificarse por causas vinculadas al trabajo, es decir, por algún encargo del empleador o por caso fortuito o fuerza mayor y que, más allá de lo destacable del gesto de la reclamante, ello de manera alguna podía importar la justificación de su responsabilidad. 3º) Que la apelante sostiene que la sentencia es arbitraria porque se basa en afirmaciones dogmáticas al no valorar que el recorrido no fue alterado sino que la trabajadora solo hizo un detenimiento. Alega que se ha efectuado una interpretación equivocada de la norma aplicable que contraría el principio protectorio de raigambre constitucional. 4º) Que si bien es cierto que las cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal y común resultan ajenas al ámbito del recurso extraordinario y que este es inadmisibile contra la sentencia que rechazó la demanda por indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente “in itinere” (Fallos: 329:5454), no lo es menos que, dicha regla cede en caso de arbitrariedad que justifique la intervención de esta Corte (Fallos: 310:1039) extremo que se verifica en la medida en que, como sucede en el caso, lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso (Fallos: 319:2262). 5º) Que, en efecto, carece de razonabilidad la consideración de los jueces de la causa en orden a que la circunstancia de que la actora hubiera cruzado la calle para comprar pan camino al trabajo implicó efectivamente un “desvío” o una “alteración” en propio interés con aptitud para trasladar a la empleada la responsabilidad por el daño ocurrido que la ley pone en cabeza del empleador. Ello es así porque, como se reconoce en la misma sentencia de la Cámara del Trabajo, el hecho ocurrió en el recorrido o trayecto normal y habitual entre el domicilio de la accionante y su lugar de trabajo sin que existiese

un notorio desvío con un objetivo totalmente ajeno a la prestación de tareas. En tales condiciones, el rigorismo extremo utilizado para discernir la aplicación de las reglas atinentes al instituto jurídico en cuestión -accidente in itinere- no se compadece con el principio reparador que inspira el sistema de riesgos del trabajo. La interpretación dada a las normas aplicables por los tribunales intervinientes, ciertamente, ha desnaturalizado su finalidad y las ha tornado inoperantes. Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada, con el alcance indicado. Con costas. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por -l/-quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. Recurso de hecho interpuesto por Lidia Josefa Basi, representada por el Dr. Miguel Dujovne. Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba. Tribunales que intervinieron con anterioridad: Sala Décima de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Córdoba. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CSJ 766/2008 (44-B) / CSL, RECURSO DE HECHO BASI, LIDIA JOSEFA C/ EL SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA S/ DEMANDADA. BUENOS AIRES, 8 DE SEPTIEMBRE DE 2015)

ARGENTINA

[...] Ahora bien, la utilización de la vía del amparo resulta el camino pertinente para preservar la salud y la integridad física y psíquica de las personas: “Determinada la prioridad del derecho a la vida y a la salud y su rango constitucional e internacional, con relación a las vías mediante las cuales pueden hacerse efectivos, la jurisprudencia de la CSJN es unánime en afirmar que ante la posibilidad de un menoscabo el camino adecuado resulta la acción de amparo del art. 43 de la C.N... al resultar la acción de amparo el camino pertinente para preservar la salud y la integridad física, estimó la CSJN no aplicar recaudos formales, referidos a la improcedencia de la vía del amparo...”. (cfr. Palacio de Caeiro, Silvia: “Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Editorial La Ley, Buenos Aires 2011, pág. 219/221). En ese sentido, existe a nivel jurisprudencial y doctrinario consenso de que el amparo resulta la vía procesal apta para dar trámite a la cuestión, aun cuando las prestaciones reclamadas no formen parte del PMO (Programa Médico Obligatorio), al estar comprometidos los derechos constitucionales a la vida y a la salud y no existiendo una vía procesal más idónea para su tutela (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I, 30/07/2010 in re: “M, M. A y otros c/ I.A.P.O.S. y otro”, AR/JUR/39596/2010; CSJ Mendoza, Sala 1, ED 26/07/1993; Albanese Susana “El amparo y el derecho a una mejor calidad de vida”, La Ley 1991 -D, 77; Germán Bidart Campos, “Una prestación de salud justamente discernida por vía de amparo, ED 05/11/1999; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata; 3.11.09, “R. N. B. c. IOMA”, LLBA, diciembre 2009, p. 1242; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29.12.09, R., M. V. y otro c. OSPE y OMINT, LLBA, junio

2010, p. 570; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 26.5.08, “Ayuso, Marcelo c /Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”, LLCABA, agosto 2008, p. 131; entre otros). Conforme lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citada, entiendo que el argumento esgrimido por el apelante (no cobertura por falta de inclusión en el PMO) no puede recibirse. Se da en autos los dos extremos exigibles para la procedencia del amparo: la existencia de un infiltrado pulmonar derecho con conformación nodular y cavitación, y la idoneidad de la pretensión médica a la que se aspira (necesariedad de realizar el estudio mencionado -PET SCAN- para determinar si existe un problema oncológico o no, como así también que la dilación diagnóstica no favorece la evolución del proceso -ver fs. 5/14, 16 y pericia de fs. 90-).- El conjunto de las constancias obrantes en el expediente me llevan a la convicción de la efectiva existencia del posible grave daño a la salud del accionante y de la aptitud del tratamiento requerido para su eventual y oportuno tratamiento. Entiendo que el Programa Médico Obligatorio, como régimen mínimo, está integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud. El sistema garantiza, por lo tanto, la mínima cobertura que están obligadas a otorgar, constituyendo un estándar esencial de protección, pero no una enumeración taxativa. Esa es la esencia del PMO: que nadie esté privado de ciertas coberturas o prestaciones básicas, como una especie de piso infranqueable, aunque históricamente para las empresas de medicina prepaga dicho mínimo, en general y para la mayoría de los planes ofrecidos, haya actuado como techo. Como bien lo pone de resalto la propia demandada, este PMO ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo y ampliando su comprensión a nuevas prestaciones. Se ha señalado con acierto que hay que tener en cuenta que las necesidades de la población en esa materia se incrementan en forma continuada mientras que la reglamentación estatal va a la zaga de los consensos comunitarios tendientes a satisfacerlas y, en suma, de los avances tecnológicos (cfr. Medina, Graciela.- “Tratamiento de Fertilización Asistida.- Visión jurisprudencial”. DF y P 2010, 01/05/2010, 179). Sobre el alcance del PMO, la Corte Suprema Nacional ha entendido que “... esa limitación en la cobertura debe ser entendida como un “piso prestacional”, por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas que tiene jerarquía constitucional...” (Corte Suprema, fallos 323:1339).- En igual sentido, se ha señalado que “El sólo hecho de no encontrarse incluido el tratamiento referido dentro de los está obligado a cubrir la Obra Social no obsta que se ordene su cobertura, en atención a la especial situación que se valora en esta causa y en cumplimiento de las normas internacionales precitadas. En tal sentido, cabe puntualizar que no es óbice para viabilizar la operatividad de la fecundación in vitro requerida (según técnica FIV por ICSI), el hecho de que dicha prestación no está contemplada en el ‘vadamecum’ del Programa Médico Obligatorio, puesto que el mismo no puede ser considerado como un “tope excluyente” de toda otra prestación, sino de una “base o piso prestacional” el que puede y debe ser extendido a casos concretos que exijan prestaciones que no estén específicamente contempladas en el PMO y que puedan afectar la vida y la salud de las personas” (Cámara Federal de Córdoba,

nueve de Mayo de 2012, autos caratulados: “G, N R c/ Galeno Argentina S. A. y otro – Amparo”) y que “De este modo, el propio Estado Nacional ha caracterizado el programa implementado diciendo: a) constituye un piso básico de prestaciones; b) es mutable y se nutre de las nuevas técnicas y c) tiene un fin integral que supera el mero sufragio económico de la práctica médica”. (C.C.C. Sala III Lomas de Zamora. 26/05/09. Sentencia Nº 79 Causa Nº 642 “Di Giacomo, Juan Manuel c/ Medicus S.A. –Amparo-). Entiendo, pues, que la falta de inclusión de la práctica médica en cuestión en el PMO no puede fundar válidamente su negativa, en tanto el derecho a la salud surge de normas constitucionales de rango superior y de instrumentos internacionales a los que se le ha otorgado jerarquía constitucional. En efecto, dentro del contexto constitucional argentino, el derecho a la salud y a la vida, emergen como derechos no enumerados en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, y su sustento jurídico es innegable. De igual modo el art. 75 inc. 19, alude a políticas conducentes al desarrollo humano y, en el inc. 23, a las medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y por los tratados internacionales. Dentro de la enumeración realizada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el derecho a la salud es atendido por los convenios internacionales de derechos humanos, en el art. 21 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivos no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (conf. Fallos 323:1339), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24, 25 y 26) y la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer (art. 12). En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medias que los estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. (CSJN, 01/06/2000, “Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional”, Publicado en : LA LEY 2001-B, 126, con nota de Maximiliano Toricelli - Colección de Análisis Jurisprudencial - Colección de Análisis Jurisprudencial - DJ 2001- 1, 965). Cabe recordar, que desde el caso “Saguir Dib” (Fallos, 302:1284), la Corte advierte que ese derecho a la vida es “el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva”, cuya ubicación se encuentra en el área de los derechos no enumerados del art. 33 de la Ley Suprema, que responden precisamente a esa categorización, como bien lo indica Néstor P. Sagüés en su comentario al fallo “Mosqueda, Sergio c. Instituto

Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, 7/11/06 (“El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo”, La Ley 25/07, p. 6). Determinada la existencia de este derecho a la salud y su rango constitucional; respecto de las garantías mediante las cuales puede hacerse efectivo, la doctrina nacional es unánime en afirmar la posibilidad de un menoscabo al derecho a la Salud, la vía adecuada resulta el amparo, lo cual ha sido reafirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por otra parte, el derecho a la salud también se proyecta desde los arts. 41 C.N. con relación al ambiente y art. 42 en materia de reconocimiento y protección del derecho de consumidores y usuarios, en el cual se menciona la protección de la salud. De ahí que también gocen quienes invocan el derecho a la vida y salud, de la protección de la ley de Defensa al Consumidor 24.240 reformada por ley 26.361. La actividad que despliegan las empresas de medicina prepaga si bien tiene rasgos mercantiles, posee un fin y objeto, que es proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, que las obliga a cumplir con una serie de obligaciones que exceden el mero plano negocial, asumiendo en consecuencia un compromiso social. Es que si bien tienen las referidas características empresariales y comerciales, no pueden moverse únicamente guiadas por el fin de lucro, en razón del objeto de su actividad -el resguardo del derecho a la salud de sus afiliados pues “los entes de medicina prepaga tiene a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial...” (cfr. “Etcheverry Roberto c. OMINT S.A. y Servicios” Resolución del 13/03/2001. Fallos 324:677).- Así lo ha entendido el Alto Cuerpo de la Nación al sostener que “...el contrato de medicina prepaga es sinalagmático, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo...” y que resulta aplicable a su respecto la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) (cfr., entre otros, “Hospital Británico c. Estado Nacional –M.S. y A.S” Resolución del 13/03/2001. Fallos 324:754).- Como consecuencia de este encuadre legal, la interpretación de las cláusulas limitantes de cobertura debe efectuarse con criterio restrictivo y favorable al particular-consumidor (art. 37 de la ley 24.240 y sus modificaciones por ley 26.361, CSJN, 28.8.07, “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M.A. y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”), lo que importa una razón más para entender que el estudio médico en cuestión deba ser cubierto por la accionada. Vale destacar que la relación contractual que vincula a las partes configura un supuesto de un contrato predispuesto, de adhesión que no tuvo oportunidad de discutir las condiciones de la contratación, lo cual hace que en esa interpretación de los alcances de sus cláusulas debe primar el criterio de en caso de duda favorecer al consumidor de los servicios de salud y no a la prestadora. Conforme lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada. ASI VOTO EL SEÑOR VOCAL DOCTOR ALBERTO F. ZARZA A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO: Que adhería a lo expuesto por el Sr. Vocal preopinante, y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta por compartir los fundamentos. LA SEÑORA VOCAL DOCTORA SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO: Que adhería a lo expuesto por el Sr. Vocal de primer voto, y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta por compartir los fundamentos. EL SEÑOR VOCAL DOCTOR WALTER ADRIÁN SIMES A LA

SEGUNDA CUESTIÓN DIJO: *Corresponde: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar in totum la sentencia atacada, con costas atento resultar vencida (art. 130 CPC); 2) Regular los honorarios de los letrados intervinientes por sus tareas en esta sede de conformidad a lo dispuesto por los arts. 36, 39 y 93 de la ley 9459. EL SEÑOR VOCAL DOCTOR ALBERTO F. ZARZA A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO: Que adhería a lo expuesto por el Sr. Vocal preopinante, y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta por compartir los fundamentos. LA SEÑORA VOCAL DOCTORA SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO: Que adhería a lo expuesto por el Sr. Vocal de primer voto, y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta por compartir los fundamentos. Por lo expuesto y el resultado de la votación que antecede, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar in totum la sentencia atacada, con costas atento resultar vencida (art. 130 CPC). 2) No regular en esta oportunidad los honorarios del Dr. Marcelo R. Zarazaga (art. 26 C.A.). Protocolícese y hágase saber. Con lo que terminó el acto que firman los Señores Vocales. (EXPTE. N° 1843123/36 - “P, R. D. C/ OBRA SOCIAL MET CORDOBA S.A. – AMPARO – OTRAS CAUSAS DE REMISIÓN” - CÁMARA SEXTA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA – 10/02/2015)*

ARGENTINA

[...] 5º) *Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva. Empero, no es menos cierto que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 Y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros). 6º) Que mediante la sanción de la ley 26.862, el legislador ha procurado “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida” (art. 10) comprendidas las “técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (art. 2º, primer párrafo). La cobertura debe ser brindada por “el sector público de la salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados*

independientemente de la figura jurídica que posean” (art. 8º). Tales entidades de servicios de salud deben incorporar “como prestaciones obligatorias” para sus “afiliados o beneficiarios la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación”. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios” (cfr. arto citado). 7º) Que, como puede advertirse, la prestación específica reclamada por la actora y denegada por los jueces de la causa, esto es, el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), no aparece incluida dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio. Es pertinente señalar, en tal sentido, que el decreto 956/2013, reglamentario de la norma legal, al definir y explicitar el alcance que cabe atribuir a las definiciones legales, fundamentalmente en relación con el concepto de “técnicas de alta complejidad” contenido en la ley, solo menciona “la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (art. 2º, segundo párrafo) mas omite toda referencia al DGP. 8º) Que es cierto que la regulación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los “nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos” (art. 20). Sin embargo, el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable “cuando [tales procedimientos] sean autorizados por la autoridad de aplicación” (ídem) situación excepcional en la que no se encuentra la técnica DGP. 9º) Que, con arreglo a lo dispuesto por el arto 3º de la ley 26.862, la calidad de “autoridad de aplicación” del régimen normativo incumbe al Ministerio de Salud de la Nación, organismo que tiene por misión entender en la planificación global de las políticas del sector y en la coordinación e integración de sus acciones con las autoridades sanitarias de las distintas jurisdicciones y de diferentes entidades a fin de implementar un sistema sanitario que cuente con suficiente viabilidad social en miras a la plena realización del derecho a la salud (Fallos: 330: 4160). A dicho Ministerio el legislador le ha conferido -entre otras- la responsabilidad de fijar los requisitos para la habilitación de los establecimientos asistenciales en los que se brinden servicios en orden a la reproducción médicamente asistida (art. 50 de la ley 26.862) así como la de autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances

tecnológicos y que, por ende, no han sido definidos por la ley, tal. como se señaló en el anterior considerando. y ello reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial mencionada de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial. 10) Que, en razón de lo expuesto, deviene inadmisibile que sean los jueces o tribunales -y más aún dentro del limitado marco cognosci tivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros) 11) Que, en las condiciones expresadas, cabe descartar que la negativa de la obra social demandada a hacerse cargo del costo de la prestación cuestionada pueda ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta -que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo según el arto 43 de la Constitución Nacional- en la medida en que no existe una norma específica que le imponga tal obligación (art. 19, ídem; cfr. doctrina de Fallos: 303:422, 331:1403, entre otros). En consecuencia, no hay motivo alguno que justifique la descalificación del pronunciamiento apelado en cuanto convalidó esa conducta pues no es factible predicar de él que se ha apartado del derecho vigente. Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden habida cuenta de la naturaleza de los derechos en juego. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse. Recurso de hecho interpuesto por E. D. V. y E. H. L., representados por el Dr. Andrés Gil Domínguez. Tribunal de origen: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Tribunal que intervino con anterioridad: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CSJ 3732/2014/RHL L.E.H. Y OTROS EL O.S.E.P. S/ AMPARO. BUENOS AIRES, 1º. DE SEPTIEMBRE DE 2015.)

CHILE

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTE. Vistos: Primero: Que don Alex Muñoz Wilson, director ejecutivo de Oceana Inc., organización sin fines de lucro dedicada a la conservación marina, por sí y en representación de ésta, deduce a fojas 35, con fecha 2 de abril de 2015, reclamo de ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público, impugnando de ilegalidad el acuerdo o resolución recaído en el amparo por denegación de información rol C-1346-2014, del cual dice haber tomado conocimiento por notificación recibida

con fecha 19 de marzo de 2015. La resolución impugnada, en lo que atañe al recurso de autos, resolvió denegar la información requerida -cantidad de antibióticos utilizados por cada empresa de cultivo de salmón entre los años 2009 a 2013 - al tenor de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 20 y Nº 2 del artículo 21 de la Ley Nº 20.285. Expresa que la resolución referida sería ilegal, por contravenir las normas sobre acceso a la información pública, artículo 5º, inciso segundo, de la Ley Nº 20.285. Dice que la información solicitada obra en manos de la administración y, por lo tanto, se presume pública; que se encuentra comprometida la salud de las personas y el medio ambiente y además ella permite hacer un escrutinio sobre la forma que Sernapesca está desempeñando las labores encomendadas por la ley. Menciona la Ley General de Pesca y Acuicultura Nº 18.892, de 1989, cuyo texto coordinado, refundido y sistematizado fue fijado por el Decreto Supremo Nº 430, de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en sus artículos 86 y 90, quater, letra b) y la Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Segundo: Que se confirió traslado del reclamo al Consejo para la Transparencia y al tercero interesado, Servicio Nacional de Pesca, ambos notificados, informando sólo el primero. En esta instancia, a fojas 67, se hizo parte en calidad de tercero coadyuvante del recurrido, la empresa Salmones Multiexport S.A. Tercero: Que en su informe de fojas 50 y siguientes, el recurrido Consejo para la Transparencia, manifiesta no haber incurrido en ilegalidad alguna al acoger parcialmente el recurso de amparo del señor Muñoz Wilson y solicita el rechazo de la reclamación, expresando que la impugnada decisión de amparo Nº C-1346-14 se ajusta a derecho y al espíritu del constituyente en materia de transparencia y acceso a la información. Indica que, con fecha 2 de mayo de 2014, el señor Alex Muñoz Wilson solicitó al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura información sobre a) la cantidad total de antibióticos usados en la industria del salmón de cultivo que opera en Chile, b) información desagregada por tipos o clases de antibióticos por igual período, c) información desagregada por empresas sobre cantidades y clases de antibióticos, correspondiente al periodo 2009 a 2013. Entidad pública que por Resolución Nº 1757, de 16 de junio de 2014, denegó la información desagregada (letra c) ante la oposición de cincuenta empresas, las que argumentaron que dichos antecedentes formaban parte de aspectos estratégicos, por lo que su divulgación las pondría en riesgo desde un punto de vista competitivo y comercial, haciendo presente la resolución que nueve empresas no se opusieron a la entrega de la información requerida. En respuesta a tal denegatoria se presentó por los recurrentes este Amparo. Explica que, una vez escuchadas las partes involucradas, el Consejo para la Transparencia acogió parcialmente el Amparo por Denegación de Acceso a la Información en contra de Sernapesca, ordenando a éste la entrega de información sobre las cantidades y clases de antibióticos usados en los casos en que una empresa tenga la calidad de único titular de las concesiones que componen una Agrupación de Concesiones determinada o de un barrio y de las empresas que consintieron expresamente en su entrega. Frente a las argumentaciones contenidas en el recurso, sostiene: 1º) que no toda información en poder de los órganos públicos es pública per se, por esa sola circunstancia (artículos 5, 10 y 11, letra c), de

la Ley de Transparencia), pues los artículos 8º de la Carta Fundamental y 21 de la Ley Nº 20.285 establecen la posibilidad de aplicar una causal de reserva; 2º) que el artículo 90, quater, letra b) de la Ley de Pesca, atiende a información por cantidades y tipo de las agrupaciones de concesiones y no a información desagregada por empresa; 3º) que el interés público que esgrime el reclamante para acceder a la información requerida se satisface con la normativa aplicable al sector acuícola y la fiscalización que Sernapesca ejerce sobre las empresas salmoneras; 4º) que la publicidad sobre usos de anti-bióticos desagregada por empresa, afecta los derechos económicos y comerciales de las empresas salmoneras, configurando la causal de secreto o reserva establecida en el artículo 21 Nº 2 de la Ley de Transparencia. Concluye, que la Decisión de Amparo se encuentra ajustada a derecho, habiéndose dictado dentro de sus atribuciones y competencias e interpretando la normativa conforme al artículo 8º de la Constitución Política de la República y la Ley de Transparencia, no configurándose ninguna de las ilegalidades alegadas por la parte reclamante. Cuarto: Que, es preciso revisar algunas normas atingentes a la cuestión debatida. Es así, que el principio de transparencia de la función pública-tanto activa según el artículo 7º de la Ley Nº 20.285, como pasiva al tenor de sus artículos 10 y siguientes- tiene su fuente en el explícito mandato del precepto 8º de la Constitución Política del Estado, norma fundacional que, en su inciso segundo, establece la publicidad y transparencia de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos. Y si bien tal mandato, corroborado en los artículos 4, 16 y 17 de la Ley Nº 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos, no es absoluto, al tenor del inciso tercero del precepto constitucional antedicho, tiene como única cortapisa la reserva y secreto establecidos por leyes de quórum calificado, sólo cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de la función pública, los derechos de las personas, la seguridad o el interés nacional. Quinto: Que por otra parte, la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, regula el Principio de Transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo y las excepciones a la publicidad de la información. Su artículo 5º dispone: “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”. Luego, el artículo 10 de la misma Ley, establece: “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano e la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda

información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”. Sexto: Que, la Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 31 Bis establece que “toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública”. En su artículo 64, señala que la fiscalización de aspectos relacionados con el medio ambiente corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente. Séptimo: Que, así sentadas las premisas antedichas, será menester elucidar si lo resuelto en la resolución impugnada contradice o no efectivamente el texto o espíritu de la preceptiva legal y constitucional vigente, en cuanto pudiere amagar o lesionar alguno de los bienes o intereses jurídicos que, excepcionalmente, pueden justificar la denegatoria de acceso a la información, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia. Octavo: Que, el artículo 90 quater, letra b), de la Ley de Pesca, establece que el Servicio Nacional de Pesca, sin perjuicio de las normas sobre acceso a la información pública, debe mantener en su sitio de dominio electrónico la información actualizada, entre otros, del uso de antimicrobianos por cantidad y tipo de las agrupaciones de concesiones e informes sobre el programa nacional de vigilancia de enfermedades de alto riesgo. El Consejo de la Transparencia argumenta que se cumple por el Servicio con tal disposición legal, información por agrupaciones de concesiones, norma que no obliga a entregar la información desagregada que el interesado pretende. Sin embargo, encontrándose las empresas y organizaciones de pescadores artesanales sometidos al control de Sernapesca, necesariamente debería contar con dicha información a fin de cumplir éste su rol fiscalizador en aras de velar por el medio ambiente y la salud de las personas. Es así como el artículo 86 del mismo cuerpo legal, dispone el control de la autoridad en la aplicación de antimicrobianos y otros productos destinados al control de patologías y plagas, prohibiendo la aplicación en forma preventiva a la acuicultura y todo uso perjudicial para la salud humana. En virtud de esta disposición se dictó el Decreto Supremo N° 314, de 24 de diciembre de 2014, Reglamento de Actividades de Acuicultura en Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos, donde se establecen las medidas de control y protección para evitar la introducción de enfermedades de alto riesgo, imponiendo a los titulares de centros de cultivos informes periódicos cuyos contenidos deben referirse como mínimo al uso de antimicrobianos, vacunas, químicos y tratamiento de desechos. De lo que deviene la relevancia de entregar la información del uso de antibióticos desagregada por empresa. Noveno: Que, la reclamada también encuentra el sustento para rechazar la pretensión de recurrente en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, norma que señala que deducida oposición respecto de información que pudiera afectar a terceros, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación solicitada. En el caso, la mayoría de los terceros interesados se opusieron, sobre la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la citada ley, por no tratarse de una información de carácter público, sino de información sensible que no puede estar en manos de competidores, puesto que con ello se

develaría el manejo de la actividad productiva, estrategia comercial, recetas médicas, condiciones económicas, todo de su exclusiva propiedad, asimismo, por verse expuestos a un daño de imagen, como incidencia en seguros, créditos y comercio exterior. En este aspecto, cabe decir que la entrega de información de los antibióticos usados en los cultivos de salmón es de interés público y es así como el artículo 86 de la Ley de Pesca dispone que cada centro de cultivo tiene la obligación de entregar periódicamente a la autoridad informe sobre el uso de antimicrobianos, vacunas, químicos y tratamientos de desechos. Por lo que dicha información puede ser solicitada al Servicio Nacional de Pesca. Por otra parte la información en sí misma no tiene un valor comercial, tampoco se revelan procesos productivos o industriales, por el contrario lo que se pretende con aquélla, principalmente, es asegurar que la resistencia bacteriana de los antibióticos aplicados a los salmones no se transfiera al ser humano y preservar el medio ambiente ante agentes externos. Décimo: Que, por su parte el artículo 21 de la Ley de Transparencia contempla los únicos cinco casos de secreto o reserva en cuya virtud se puede denegar total o parcialmente el acceso a la información. Así la citada norma establece en su numeral 2: “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. La reclamada se ampara, en la afectación de “derechos de carácter comercial o económico”. Undécimo: Que, las razones dadas por la reclamada para denegar la información requerida, no resultan congruentes con lo que al efecto establece la normativa aplicable y que se ha transcrito. En efecto, no constituye una excepción al acceso a la información que se ha requerido, no se vislumbra cómo se afectan las empresas al entregar en forma separada antecedentes relativos a medicamentos aplicados a cultivos de salmón si ya es entregada en forma global o por agrupaciones al Servicio Nacional de Pesca, no se aprecia cómo puede tener alguna incidencia en sus actividades económicas y financieras, costos y procedimientos de producción, formas de cultivo, precios de mercado, que afecte el área comercial y productiva de esta industria. Por otra parte si así fuere, prima el interés general, conforme lo establece el artículo 8° de la Carta Fundamental. Cabe añadir que en el entorno de los terceros interesados, en el ámbito económico, siempre se presentarán oportunidades en la forma de recursos y nuevos mercados y también amenazas, tales como la aparición de nuevos competidores, estando ello dentro de lo que es normal en el desarrollo de la empresa. En efecto, la sustentabilidad de la empresa pasa por gestionar la competencia, proponer nuevos modelos de negocios, hacer más eficiente los costos. Duodécimo: Que, en consecuencia, el rechazo contenido en la resolución impugnada, referida a la información desagregada por empresas sobre cantidades y clases de antibióticos usados por la industria de salmón de cultivo que opera en Chile, durante los años 2009 a 2013, no resulta atentatoria en forma alguna contra el ordenamiento jurídico legal constitucional antes descrito, en cuanto incide en información cuya entrega debe hacerse llegar al Servicio Nacional de Pesca, revistiendo el carácter de pública en conformidad con la Constitución Política y la Ley de Transparencia. Décimo tercero: Que a mayor abundamiento,

en tal contexto normativo deberán primar, entre otros, los principios de apertura o transparencia, de la máxima divulgación y facilitación de las letras c), d) y f) del artículo 11 de la Ley N° 20.285, tendientes a asegurar el acceso efectivo de los ciudadanos al expedito conocimiento del obrar de los órganos del Estado. Asimismo, como se dijo, en el ejercicio de sopesar el beneficio que se obtendría en caso de divulgarse la información requerida versus el provecho que reportaría la retención de los antecedentes, resulta vencedora –en el caso- aquella última conducta, desde que la difusión de que aquí se trata causaría mayor beneficio no sólo al requirente sino también a la colectividad, quien se encontraría en condiciones de efectuar el control sanitario que objetivamente protege a toda la población. Décimo cuarto: Que de todo lo anterior, se colige que el Consejo para la Transparencia, al acoger parcialmente el amparo solicitado por la requirente no ha tenido en consideración los antecedentes expuestos, en circunstancias que no se cumplían los requisitos establecidos en el N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia. Y, respecto de la oposición de los terceros interesados, al tenor del procedimiento que establece el artículo 20 de la misma ley, tampoco es posible entenderlo si un grupo de empresas, en menor número, no se manifestó negativamente ante la petición de informar. Todo lo cual posibilita dar lugar al reclamo de ilegalidad planteado en estos autos. Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 28 y siguientes de la Ley N° 20.285, se acoge el reclamo de ilegalidad de fojas 35, deducido en contra de la resolución de 16 de junio de 2014, que acoge parcialmente el recurso de habeas data rol C-1346-2014, debiendo entregar Sernapesca o quien corresponda la información desagregada sobre cantidades y clases de antibióticos, correspondiente al periodo 2009 a 2013 por las siguientes empresas: Acuinova Chile S.A., Aguas Claras S.A., Aqua Chile S.A., Aquasan S.A., Australis Mar S.A., Concesiones de la Patagonia 2 S.A., Cultivos Acuáticos Manantiales S.A., Cultivos Ecofish S.A., Cultivos Marinos Chiloé S.A., Cultivos Yadrán S.A., Empresas Aqua Chile S.A., Granja Marina Tornagaleones S.A., Holding and Trading S.A., Inmobiliaria e Inversiones El Escudo S.A., Invermar S.A., Kretrum Rayén S.A., Landcatch Chile S.A., Lican Ltda., Los Fiordos S.A., Mainstream Chile S.A., Marine Farm S.A., Marine Harvest Chile S.A., Nalcahue S.A., Nova Austral S.A., Pesquera Antares S.A., Pesquera El Golfo S.A., Piscicola Entre Ríos Ltda., Piscicultura Lican S.A., Salmones Antártica S.A., Salmones Aysén S.A., Salmones Blumar S.A., Salmones Caleta Bay Ltda., Salmones Camanchaca S.A., Salmones Chiloé S.A., Salmones Frío Sur S.A., Salmones Humboldt Ltda (Ex Salomes Humboldt S.A.), Salmones Ice Val Ltda., Salmones Itata S.A., Salmones Llanquihue S.A; Salmones Magallanes S.A., Salmones Maullín Ltda., Salmones Multiexport S.A., Salmones PacificStar S.A., Sealand Aquaculture S.A., Skysal S.A., Southern Cross Seafoods S.A. Sur Inversiones S.A., Trusal S.A., Universidad de Los Lagos y Ventisqueros S.A. Regístrese, comuníquese y archívese. N° 3402- 2015. Redacción de la Ministra (S) señora Elsa Barrientos Guerrero. No firma la Ministra señora Rutherford, por encontrarse ausente. Pronunciada por la Séptima Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por la Ministra señora Javiera González Sepúlveda, la Ministra señora Romy Grace Rutherford Parentti y la Ministra (S) señora Elsa

Barrientos Guerrero. Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Santiago, diez de septiembre de dos mil quince, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

CHILE

DIREITO PUBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. *Vistos y considerando: Primero: Que en este juicio ordinario Rol N° 6727-2015 caratulado “Soraya Astudillo con Hospital Clínico Félix Bulnes” se ha ordenado dar cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, del recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandada en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primera instancia que acogió la acción indemnizatoria deducida. Segundo: Que el recurso de nulidad acusa que la sentencia impugnada ha incurrido en errores de derecho al acoger la demanda interpuesta. Denuncia, en primer término, la infracción al artículo 1698 del Código Civil, en razón que la actora no acreditó la existencia de la falta de servicio y la relación causal consecuente, por lo que la sentencia impugnada ha vulnerado las normas reguladoras de la prueba, ya que libera a la demandante de la prueba de la relación de causalidad, traspasando el peso de la misma a la demandada, cuestión que no corresponde de acuerdo a las reglas del onus probandi. En segundo lugar, alega la vulneración del artículo 1712 del Código Civil en relación al artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que los sentenciadores al valorar “en supremacía lo declarado por Álvarez ingresó al Hospital Félix Bulnes Correa el día 16 de agosto de 2014, con un embarazo de alto riesgo, recibiendo corticoides para la maduración pulmonar del feto, el que se encontraba en posición podálica y se inició un tratamiento de antibióticos para evitar una infección. El día 28 de agosto de 2014, al presentar contracciones y flujo serohemático de mal olor y constatándose maduración pulmonar se le indico que debía bajar a la sala de parto, sin que fuera atendida por falta de un médico anestesista que concurre a la cesárea que debía practicarse y a las 16:00 horas ingresó a pabellón sin anestesista y se procedió a un parto vaginal naciendo la hija de la demandada, la que falleció una hora después de nacida por sufrimiento fetal agudo”. Cuarto: Que, establecidos tales hechos los falladores decidieron acoger la demanda fundado en el examen de las probanzas aportadas, conforme se indica en el considerando décimo sexto de la sentencia impugnada: “Que todos los elementos de prueba apuntan inexorablemente como causa de muerte de la niña, la falta de atención oportuna en el parto que devino en su sufrimiento fetal agudo. Y es la propia ficha clínica de la demandada la que explica que dicha retraso se debió a no contar con un anestesista oportunamente, hecho que motivó el retraso injustificado del parto”. Quinto: Que debe precisarse, como reiteradamente esta Corte lo ha indicado, que las normas reguladoras de la prueba se entienden vulneradas cuando los sentenciadores invierten el “onus probandi”, o carga de la prueba; cuando rechazan pruebas que la ley admite; aceptan las que la ley rechaza; desconocen el valor probatorio de las que se hayan producido en el proceso cuando la ley le asigna*

uno preciso de carácter obligatorio, o alteran el orden de precedencia que la ley les otorga. Sexto: Que en cuanto a la denuncia de infracción al artículo 1698 del Código Civil, lo cierto es que la crítica no apunta a acusar una eventual inversión de la carga de la prueba sino que a reprobar la forma como los jueces del fondo analizaron las rendidas en el proceso para establecer los hechos, razón por la cual no se observa el error de derecho denunciado en el libelo de casación. Sin perjuicio de ello, se debe consignar, además, que en la especie no existe una inversión del onus probandi, puesto que los jueces del grado, una vez ponderada la prueba rendida establecen la existencia de la falta de servicio y la respectiva relación de causalidad, por lo que al contrario de lo sostenido por el recurrente, no existe una liberación de la carga probatoria. Séptimo: Que en lo que respecta a la crítica planteada a los sentenciadores en el sentido de haber tenido por acreditada la existencia de perjuicios morales sobre la base de la prueba testimonial rendida, en circunstancias que todo daño debe probarse, cabe precisar que si bien es efectivo que al igual que el daño material, el detrimento moral requiere ser acreditado, no es efectivo que en la sentencia recurrida se haya declarado tal menoscabo sin auxiliarse en prueba alguna. En efecto, en el considerando décimo octavo del fallo que se revisa se indicó que los sufrimientos y molestias experimentados por los actores se hallaban corroborados por los dichos de dos testigos, quienes se refirieron a la aflicción que padecieron aquéllos. Octavo: Que, por otra parte, en el fundamento siguiente de dicha sentencia se expone lo siguiente: “Que sin perjuicio de la prueba antes mencionada, conforme la forma en que ocurrieron los hechos es indudable que los demandantes experimentaron un dolor derivado de la muerte de su hija, máxime cuando dicho fallecimiento se debió a un sufrimiento fetal agudo derivado de la falta de atención oportuna, destruyendo todas las expectativas de vida que se generan en los padres, cuando existe un embarazo en camino”. Como se advierte de este último razonamiento vertido, los sentenciadores infieren el menoscabo psicológico experimentado por los actores a partir de los hechos establecidos en la causa, es decir, que a la demandante no se le practicó una cesárea por falta de anestésista que concurriera a la misma, provocando en su hija un sufrimiento fetal agudo, la que posteriormente nació por vía vaginal, falleciendo una hora después de nacida. De ello se sigue que no se configura infracción alguna al artículo 2329 del Código Civil. Noveno: Que en cuanto a la denuncia de trasgresión al artículo 1712 del Código Civil en relación al artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, cabe destacar que la construcción de las presunciones judiciales queda entregada a los magistrados de la instancia, ya que el convencimiento de éstos ha de fundarse en la gravedad, precisión y concordancia que del mérito de los antecedentes derive. En consecuencia, atendido que a dichos jueces les corresponde evaluar si determinados antecedentes han sido suficientes o no para desprender de ellos presunciones judiciales, estas no son revisables por la vía del recurso de casación. Décimo: Que corresponde señalar que las disposiciones que dicen relación con el valor de la prueba testimonial, en particular la denunciada, no son normas reguladoras de la prueba. Por el contrario, el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil se limita a entregar diversas reglas para que los jueces puedan apreciar el valor de los testimonios, pero sin que

ellas sean de aplicación rígida para los jueces de la instancia, de manera que su valoración escapa al control de casación que hace esta Corte por medio del recurso impetrado. Undécimo: Que de lo expuesto y de la lectura del libelo de casación fluye que lo que en definitiva la reclamante reprocha es la forma o manera en que fue valorada la prueba por la sentencia impugnada, toda vez que sus cuestionamientos esenciales dicen relación con el alcance y sentido que corresponde atribuir a la prueba rendida en el proceso, actividad que se agota con las conclusiones asentadas por los jueces del fondo, por lo que las infracciones denunciadas no pueden prosperar. Duodécimo: Que, finalmente, la denuncia de haber desobedecido el fallo el mandato impuesto por los artículos 200 del Código de Procedimiento Civil y 17 del Decreto Ley N° 2763 resulta improcedente, toda vez que estas normas tienen el carácter de ordenatoria litis y no configuran una regla de fondo que incida en la decisión del conflicto. Décimo Tercero: Que en razón de lo precedentemente analizado y expuesto, sólo puede colegirse que el recurso adolece de manifiesta falta de fundamento, motivo por el cual no puede prosperar. Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 156 en contra de la sentencia de dieciséis de abril de dos mil quince, escrita a fojas 155. Regístrese y devuélvase. Redacción a cargo del Ministro señor Pierry. Rol N° 6727-2015. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Carlos Aránguiz Z. y el Abogado Integrante Sr. Arturo Prado P. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pierry por estar con feriado legal y el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica. Santiago, 10 de septiembre de 2015. Autoriza el Ministro de Fe de la Excm. Corte Suprema. En Santiago, a diez de septiembre de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

COLÔMBIA

DIREITO PUBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. [...]
II. CONSIDERACIONES. 1. Esta Sala ha reiterado que acorde con la jurisprudencia constitucional, la salud es “un derecho fundamental autónomo que “tiene una doble connotación –derecho constitucional fundamental y servicio público-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” (Sentencia T-1036 de 4 de diciembre de 2007). Así las cosas, la acción de tutela procede como mecanismo para proteger el derecho a la salud cuando se demuestre que existe una afectación inminente del derecho a la vida del actor, o de sus derechos a la integridad personal o a la dignidad humana, por remisión que instituyera el artículo 46 de la Carta Política, cuando determinó que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para su protección y asistencia, garantizando además los servicios de la seguridad social integral entre otros. 2. En el

presente caso, el accionante, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales, porque la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional no le había autorizado y programado la cirugía “bypass gástrico por laparoscopia”, pese a que el especialista así lo ordenó. Pues bien, quedó plenamente demostrado en el trámite, que al paciente se le prescribió la atención médica reclamada, conforme se desprende de la historia clínica visible a folio 41 del expediente. De allí, entonces, que la decisión adoptada por el a quo, en el sentido de amparar los derechos fundamentales del tutelante resulte acertada, pues al no expedirse la orden para la práctica de la referida intervención quirúrgica sin un fundamento que lo justifique, quedó demostrado que no se atendió la disposición galena en la forma prescrita por su médico tratante, lo que evidencia la amenaza actual a su derecho a la salud y vida digna. Al respecto la Sala ha dicho que es viable la protección del derecho a la salud “cuando la vida e integridad personal o la dignidad humana de la persona está comprometida. Sin embargo, cuando la protección constitucional vaya más allá de lo establecido en el plan obligatorio de salud, el juez de tutela sólo puede dar órdenes cuando encuentre demostrados los siguientes elementos: (...) Que exista un riesgo para la vida o la integridad personal del interesado en caso de no suministrarse el ‘medicamento o tratamiento’; (...) Que no exista un sustituto que tenga el mismo nivel de efectividad que el ‘medicamento o tratamiento’ excluido, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (...) Que el usuario no esté en capacidad de sufragar el costo del ‘medicamento o tratamiento’ requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; y, (...) Que el médico tratante que prescribió el ‘medicamento o tratamiento’ esté adscrito a la entidad promotora de salud a la que se encuentra afiliado” (Sentencia de 13 de diciembre de 2010, exp. 70001-22-14-000-2010-00194-01). Sumado a que la entidad convocada no acreditó que existiera otro tratamiento igualmente efectivo al prescrito por el médico adscrito a Sanidad, ni demostró que el peticionario tuviera la capacidad económica para sufragarlo, en esa medida, debe realizar las actuaciones necesarias para llevar a cabo la intervención quirúrgica mencionada, luego, las argumentaciones de la accionada no cuentan con entidad suficiente para hacer prevalecer normas de rango inferior respecto de los derechos constitucionales del reclamante.

3. De otra parte, se ajusta a derecho la decisión adoptada por el Tribunal en torno a ordenar que respecto al reemplazo total de la cadera izquierda y la “eventrorrafia por eventración”, sea objeto de nuevo diagnóstico a fin que el galeno determine su pertinencia o no, una vez se practique la primera cirugía. 4. Finalmente, sobre el recobro solicitado por el Jefe del Área de Sanidad de Casanare de la Policía Nacional, es de destacarse que “en tratándose de los Subsistemas de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al no regirse por la Ley 100 de 1993, la Corte ha señalado que no es procedente ordenar el recobro de lo otorgado por vía de tutela ante el Fosyga, pues éstos tienen ‘los denominados ‘fondos-cuenta’ que funcionan de manera similar al primeramente nombrado y les permite obtener la financiación de los diversos costos en que incurran en la prestación de los servicios de salud al personal adscrito y a los distintos beneficiario” (sentencia de 17 de enero de 2007, exp. 2006-01842-01, criterio

reiterado en sentencia de 17 de mayo de 2011, exp. 2011-00376-01, entre otras)” (Sentencia 6 de junio de 2012, exp. 68001-22-13-000-2012-00164-01). 5. Las anteriores consideraciones se estiman suficientes para confirmar el fallo proferido en la primera instancia. III. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo impugnado. Notifíquese Telegráficamente lo aquí resuelto a las partes e intervinientes y, en oportunidad, remítase a la Corte Constitucional para lo de su cargo. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA - Presidente de Sala. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MAGISTRADO PONENTE: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, STC11131-2015, RADICACIÓN N.º 85001-22-08-003-2015-00076-01, APROBADO EN SESIÓN DE DIECINUEVE DE AGOSTO DE DOS MIL QUINCE)

COLÔMBIA

DIREITO PUBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. [...]
CONSIDERACIONES. 1. Del contenido material de la demanda de tutela surge claro que la solicitud de amparo se dirige a que, por vía de este excepcional mecanismo de protección la Policía Nacional, a través de su Dirección de Sanidad, disponga lo pertinente para la práctica del procedimiento quirúrgico denominado “mamoplastia de reducción funcional”, según concepto facultativo dado por el galeno tratante. En tal sentido, cabe, anotar que la Corte al resolver asuntos de similar temperamento al que ahora concita su estudio sostuvo en sentencias de 14 de noviembre de 2013 y 19 de septiembre de 2012, expedientes 00338-01, 00003-01, respectivamente, que “quedó plenamente demostrado en el trámite, que a la paciente se le prescribió el procedimiento denominado “mamoplastia de reducción”. Así se desprende de la orden emitida por su especialista tratante, visible a folio 5 del expediente, así como de lo manifestado por la entidad accionada en su contestación”. “En lo concerniente a dichas intervenciones, la Sala ha reiterado, que “...el derecho pretoriano patrio ha diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las funcionales y así, ha determinado la inaplicación de las normas del POS para ordenar a las entidades del sistema su realización. Al efecto, ha reconocido que ante las circunstancias secundarias de la gigantomastia, que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción puede dejar de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a esas dolencias, a las que no puede estar sometida la afiliada; y si el procedimiento ha sido indicado por los profesionales de la salud que tratan al paciente, por su no realización se vulneran o ponen en riesgo los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad personal de la accionante, resultando entonces la acción de tutela mecanismo procedente para su amparo” (Sentencia T-913 de 2005, de la Corte Constitucional). Por lo que precisó que, “según la solicitud de autorización para la cirugía que presentada por la especialista tratante, el elevado peso y volumen de las mamas, causó a la paciente, (i) dolor cervical, (ii) dolor en senos,

(iii) adormecimiento en manos, (iv) limitación para deportes y actividades laborales, (v) afectación a su vida social y afectiva, (vi) dificultad para encontrar vestimenta adecuada, (vii) deterioro de la percepción de su imagen personal, (viii) surcos profundos en hombros por las correas del “brassiere”, diagnóstico respecto del cual precisó que “no se trata de corregir un mal resultado o una complicación de un procedimiento con fines estéticos”. Concluyendo que “resulta necesaria la práctica del señalado procedimiento, que no puede calificarse como estético y que tiene como finalidad, evitar que continúe y se agrave la condición de la paciente, a quien, valga precisar, la entidad accionada negó la intervención prescrita por la médico especialista sin ejecutar acción alguna a fin de permitirle acceder a algún otro tratamiento que le permita restablecer su salud física y emocional que, demostrado está, resultan afectadas por el tamaño y peso de sus mamas”. Consecuente con lo anterior, en casos relacionados con la fuerza pública, también se ha dicho que este mecanismo de defensa tiene cabida para la prestación de procedimientos, medicamentos o demás elementos por fuera del plan obligatorio de salud, en aquellos eventos en los cuales: obra una orden médica sobre el particular; está en peligro un derecho fundamental; no cuenta el paciente con medios económicos para solventar lo reclamado y, lo prescrito no puede reemplazarse por sustituto previsto en el Acuerdo 002 de 2001 (CSJ STC, 25 abr. 2007, rad. 00036-01). 2. Puestas así las cosas, no hay duda de la vinculación que la petente tiene con el Sistema de Salud de la Policía Nacional dada su condición de beneficiaria al ser esposa de un miembro activo, la solicitud elevada en la presente acción se funda en el concepto emitido por profesional idóneo, donde se denota la necesidad del procedimiento quirúrgico apuntado, según los documentos aportados (fls. 19-47 Cdno. 1); amén de la permanencia del dolor a causa de la complejidad diagnosticada, las molestias que informó y los documentos aportados; además, adujo carecer de los emolumentos para costearlo por sí misma, situaciones estas que no fueron desvirtuadas ni desconocidas por la acusada. 3. Por lo anterior, se advierte que la vida en condiciones dignas de la petente sí resulta afectada por el padecimiento soportado, razón por la cual, en aras de remediarlo, es necesario el tratamiento prescrito para garantizarle tales prerrogativas, en este caso sin las dolencias permanentes que le genera el peso de las mamas, además de la consecuente incomodidad para desarrollar las actividades diarias y sociales elementales y, no resulta temerario afirmarlo, para prevenir la posibilidad de un perjuicio mayor para su salud y bienestar en caso de mantenerse su estado actual. 4. Lo dicho en precedencia constituye razón suficiente para que la Sala no acoja la impugnación elevada, advirtiéndose, por lo demás que tampoco procede atender positivamente la petición de ordenar el recobro ante el FOSYGA respecto de los emolumentos que puedan costar las atenciones médicas ordenadas en la sentencia de que así se reprocha, pues cumple señalar que esta Corporación, al pronunciarse acerca de un caso de similar temperamento, acotó que “[t]ampoco puede prosperar la solicitud de la parte accionada encaminada a que le permita repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) por el costo del citado medicamento que debe suministrarle a [la actora], habida consideración de lo expresado sobre el particular por el Ministerio de la Protección Social (fols. 86 y

87), en el sentido de que como los Subsistemas de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no están sujetos a lo previsto en la [L]ey 100 de 1993 y, además, cuentan con los llamados 'fondos-cuenta' que funcionan en forma semejante al primeramente citado que les permite obtener la financiación de los diversos gastos que deban asumir en la prestación de los servicios de salud al personal adscrito y a sus distintos beneficiarios, motivos por los que de ninguna manera pueden acceder a los recursos del Fosyga. En este sentido se ha pronunciado la Sala, entre otras, en sentencias de 9 de noviembre de 2005 (exp. 1100122030002005-01011-01) y 18 de agosto de 2006 (exp. 1100122030002006-01060-01)" (CSJ STC, 18 mar. 2009, rad. 2009-00002-01). 5. En cuanto a la queja de haber sido un fallo "demasiado amplio en la orden impartida", sobra decir que no le asiste razón al libelista, pues el a quo se limitó a ordenar la práctica de la cirugía solicitada sin disponer nada adicional. 6. Según lo discurrido, se reafirmará la determinación confutada. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntualizados en la motivación que antecede. Comuníquese telegráficamente lo resuelto en esta providencia a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Notifíquese. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA - Presidente de Sala. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MAGISTRADA PONENTE: MARGARITA CABELLO BLANCO, STC10537-2015, RADICACIÓN N.º 85001-22-08-000-2015-00051-01, APROBADO EN SESIÓN DE CINCO DE AGOSTO DE DOS MIL QUINCE)

PARAGUAI

DIREITO PUBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA. POR LA CUAL SE ESTABLECEN PAUTAS ORIENTADORAS PARA LA INTERNACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE URGENCIA, EN INSTITUCIONES DE SALUD, COMO MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN. En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay a los veintiocho días del mes de abril del año dos mil quince, siendo las once horas, estando reunidos en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, el Excmo. Señor Presidente Dr. Antonio Fretes y los Excmos. Señores Ministros Doctores, Luis María Benítez Riera, César Antonio Garay, José Raúl Torres Kirmser, Alicia Beatriz Pucheta de Correa, Miguel Oscar Bajac Albertini, Sindulfo Blanco y Gladys Ester Bareiro de Módica, ante mí, el Secretario autorizante; DIJERON: Que, la Constitución Nacional en su artículo 4º garantiza la protección del derecho a la vida; y en otros artículos dispone: La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente"

(Art. 54).”El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad... (Art. 68). Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado (Art. 69). La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de la cual es signatario nuestro país, en su artículo 24 obliga a los Estados Partes a reconocer el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Ningún niño puede ser privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios, debiendo adoptarse las medidas apropiadas para reducir la mortalidad infantil y en la niñez; como igualmente asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud. El Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 13 establece: el niño o adolescente tiene derecho a la atención de su salud física y mental, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de condiciones a los servicios y acciones de promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud. Si fuese niño o adolescente perteneciente a un grupo étnico o a una comunidad indígena, serán respetados los usos y las costumbres médico-sanitarias vigentes en su comunidad, toda vez que no constituyan peligro para la vida e integridad física y mental de éstos o de terceros. En las situaciones de urgencia, los médicos están obligados a brindarles la asistencia profesional necesaria, la que no puede ser negada o eludida por ninguna razón. Igualmente, los artículos 161, inciso l y 175, inciso f), otorgan competencia al Juzgado de la Niñez y Adolescencia para entender en las medidas cautelares a los efectos de hacer efectivo el cumplimiento de los derechos del/a niño/a o adolescente, por una parte y, por otra, lo facultan a disponer todas las demás medidas de protección establecidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia que considere necesarias en interés superior o para la seguridad del/a niño/a o adolescente. Las 100 Reglas de Brasilia, ratificadas por la acordada Nº 633/10, tienen como preocupación central el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, desde la exigencia de que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de los derechos de las personas, sobre todo de las más vulnerables, entre las que se encuentran los/as niños/as o adolescentes. Con el propósito de hacer efectivo el cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia y las 100 Reglas de Brasilia, es necesario establecer pautas orientadoras para la internación de niños, niñas y adolescentes en situación de urgencia, en instituciones de salud, como medida cautelar de protección, teniendo como norte los principios transversales que rigen en el fuero de la Niñez y Adolescencia, previstos en el art. 167 de la Ley 1680/01, tales como la oficiosidad, gratuidad, concentración e inmediatez con el fin de salvaguardar la vida de niños, niñas y adolescentes. La Corte Suprema de Justicia tiene atribuciones para dictar los actos que fueren necesarios para la mejor organización y eficiencia de la administración de justicia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29, inc. a) de la ley 879/81 y el art. 3º, inc. b) de la Ley

Nº 609/95 “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”; y en ese sentido, en ejercicio de sus atribuciones, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ACUERDA: Art. 1º.- Establecer las siguientes pautas orientadoras para la internación de niños, niñas y adolescentes en situación de urgencia en instituciones de salud, como medida cautelar de protección. Art. 2º.- Recibida la comunicación por cualquier medio- de que un/a niño/a o adolescente requiera ser internado/a en instituciones de salud, y verificada la situación de no disponibilidad de la unidad de prestación del servicio público por parte del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, se sugiere al Juzgado: a) Ordene inmediatamente, en carácter de medida cautelar de protección, la internación del niño/a o adolescente, en una institución de salud, debidamente individualizada, mencionando el diagnóstico médico; b) Otorgue intervención inmediata al Defensor/a del Niño/a de turno, quien actuará conforme con las funciones y atribuciones previstas en los arts. 163 y 164 del Código de la Niñez y la Adolescencia; c) Comunicar la medida cautelar dispuesta al Ministerio de Salud Pública a los efectos previstos en la ley 2319/2006, que establece las funciones y competencias de la Superintendencia de Salud; d) Hacer saber la medida cautelar dispuesta a la institución de salud designada, a los efectos de su cumplimiento y para que la misma informe al Juzgado sobre el tratamiento, evolución y posterior alta y traslado del/a paciente. Art. 3º.- Las pautas que preceden, podrán ser extendidas a la atención de otras complejidades médicas de urgencia para proteger la vida del niño/a o adolescente. Art. 4º.- Esta acordada será revisada periódicamente para introducir las modificaciones necesarias que la experiencia aconseje, atendiendo al interés superior del/a niño/a y adolescente. Art. 5º.- Anotar, registrar, notificar. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, NRO. ACORDADA 965, FECHA ACORDADA 28/04/2015, ESTADO: VIGENTE, JURISDICCIÓN Ó AREA: JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA)

URUGUAI

DIREITO PUBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. [...]
CONSIDERANDO: 1) Que el Tribunal, con el voto unánime de sus miembros naturales, habrá de confirmar la recurrida por lo que se dirá. 2) La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares en forma reciente y contrariamente a lo alegado por la recurrente, entiende que en el caso si se configuran los presupuestos necesarios para la procedencia del amparo. En efecto, a partir de la naturaleza de la acción que nos ocupa resulta necesario establecer, tal como se ha sostenido en forma reiterada, si se dan los requisitos del amparo, fundamentalmente la existencia de una acción u omisión que con ilegitimidad manifiesta que en forma actual o inminente lesione un derecho fundamental (artículo 1º Ley 16011). Tal como se expresara en casos que pueden ser convocados (por su temática similar por el derecho fundamental cuya tutela se impetra) corresponde señalar que lo siguiente ... “ A los efectos de la resolución de la presente causa, debe verse si se dan los requisitos de la acción de amparo, fundamentalmente la existencia de una acción u omisión que con ilegitimidad manifiesta que en forma actual o inminente lesione un derecho fundamental (artículo

1 Ley 16011). Para ello no debe olvidarse al momento de calificar si existió manifiesta ilegitimidad en la actuación de la demandada tener claro que es lo que está en juego y cuales son derechos fundamentales que se pretende sean tutelados. Los derechos invocados tienen relación con la preservación del derecho y protección a la vida y a la salud que son de rango constitucional (artículos 44 y 72 de la Constitución de la República). También se encuentran consagrados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley No. 13.751 y por el Protocolo de San Salvador que amplía la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por el artículo 10 de la Ley No. 16.519 y finalmente a nivel legislativo está previsto en el artículo 10 de la Ley No. 18.335. En cuanto al derecho a la salud se ha dicho que “...Es indiscutible partir del reconocimiento de la existencia del derecho fundamental a la protección de la salud de las personas; que éste debe ser puesto en práctica por el Estado a través de todos los medios disponibles y en beneficio de todas las personas; que se debe garantizar el igual acceso de cada persona a los cuidados necesarios de acuerdo con su estado de salud y, particularmente, el derecho de acceso a los medicamentos necesarios forma parte esencial del derecho a la salud. Tales derechos conforman la legalidad en sentido amplio del Estado constitucional de derecho como normas sustanciales y al igual que el principio de igualdad y otros derechos fundamentales, de modo diverso limitan y vinculan al poder administrador excluyendo o imponiéndole determinados contenidos en su accionar reglamentario “(discordia de Sent. 101 de 17/VIII/07 de TAC 5° (LJU 15510 y recientes fallos de éste Tribunal). Por tanto es controlable el actuar de la administración en estos casos, sino fuera así cabría preguntarse para qué estaríamos los jueces si no pudiéramos controlar actuaciones administrativas que afectan derechos fundamentales de los ciudadanos. Como señala LARENZ (Der. Civil, Parte General, p. 254 y ss, Jaen, 1978) a los derechos subjetivos les corresponden necesariamente deberes, limitaciones o vinculaciones jurídicas de otras personas o de todas las demás; el derecho subjetivo es equiparado con la posibilidad de su imposición mediante la acción, concluyendo que si la persona tiene un derecho subjetivo a ese bien, ello significa que éste le corresponde conforme a derecho. La ilegítima insatisfacción de un derecho subjetivo no es lesión de interés legítimo, sino violación de un derecho subjetivo para cuya protección procede acudir al Poder Judicial mediante acciones declarativas o de condena (CASSINELLI, El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución Uruguaya, Estudios en Homenaje al Prof. Sayagués Laso, p. 283 y siguientes). El problema debe abordarse con criterios de lógica y de razonabilidad así como sin perder de vista cual es la enfermedad del actor que motiva el presente amparo.” (Cf. sentencias 230/2009 y 39/2010, 175/2012, SEF 0005 000003/2013 todas de la Sala). 3) El caso concreto, tiene relación con la indicación médica de suministro del medicamento ACETATO DE ABIRATERONA (ZYTIGA Laboratorio JANSSEN) que le indicara el médico tratante del actor (Dr. José Enrique Cardozo) quién lo trata desde hace más de doce años. La patología que tiene el actor es cáncer de próstata (estadio castración resistente), a la fecha tiene 84 años de edad y la quimio resulta muy agresiva por lo que el medicamento solicitado es el necesario

porque no existe otro tratamiento posible por lo dicho (fs. 406). Se realizó pericia médica a cargo del Profesor Dr. Alejandro Saldombide Mauad (fs. 444 a 448) de la cual surge que la indicación del ACETATO DE ABIRATERONO para abordaje de la patología que padece el actor se encuentra fuera de la discusión. La Sala considera que a conducta de la demandada es manifiestamente ilegítima al negar un medicamento que se encuentra registrado y autorizada la venta al público desde hace años que no se ha incorporado al FTM por razones exclusivamente económico financieras. Tal como se ostuviera por el Tribunal en caso que por su similitud puede convocarse deber recordarse por ser reciente y por su similitud (ser refiere al mismo medicamento dictada con fecha 20 de julio del corriente en los autos IUE 2-16272/2015)... Es decisivo a juicio de la Sala el hecho que el condenado MSP no ha cumplido con la carga de afirmar y de probar los fundamentos objetivos por los cuales no se ha procedido a la incorporación del fármaco solicitado en el FTM y tampoco ha cumplido con la carga de alegación atinente al por qué no se ha resuelto aún la petición de inclusión en el anexo respectivo del FTM cuando la misma se petición por el laboratorio productor en el año 2012 (cf. 239 informe de división evaluación sanitaria del MSP). En este sentido, cabe remitirse a la motivación ya expuesta por este tribunal en procesos de amparo por este medicamento (entre otras SEF 5-150/2013). Tales elementos son indicativos en forma incontrastable de ilegitimidad manifiesta en el actuar del MSP al violar el derecho del actor a recibir la atención más adecuada y beneficios terapeuticos cuya eficacia es reconocida conforme al principio del “saber científico consolidado” (aprobación por la DA -fs. 68-70-, pautas de oncología médica de la UDELAR -fs. 95-109-, peritación de Eduardo Lasalvia -fs. 259-262- y dichos de la médica tratante Dra. Blanco a fs. 289-291). El argumento económico que se extrae del memorial de agravios para rechazar el suministro del medicamento (que es la única opción terapéutica en el caso), carece de la más mínima virtualidad jurídica y poder convictivo desde que al respecto, cabe observar que si bien el costo es elevado, la argumentación del recurrente relativa a la virtual afectación de los principios que informan el Sistema Nacional Integrado de Salud (art. 5 Ley 18211) no fue demostrada en absoluto ya que no se alegó y menos aún probó v.g. en un año, cuántos pacientes necesitarían tal medicación para proyectar los eventuales costos; esto es, sin estimación del número de pacientes y costos totales por periodos, así como incidencia en el gasto total que se efectúa por medicamentos y en comparación con las demás prestaciones de salud, no puede siquiera comenzar a analizarse la juridicidad de tales principios, su naturaleza y alcance así como la eventual vulneración que se postula como motivo de sucumbencia en la especie. Véase en este sentido, la ala SEF 5-236/2014 y 5-81/2015. Lo precedente es plenamente aplicables al caso de autos ya que el art. 10 de la ley 18355 establece que: “el Estado garantizará en todos los casos el acceso a los medicamentos incluidos en el formulario terapéutico de medicamentos.” No debe dejar de recordarse, que en el actual sistema de salud el paciente tiene derecho a acceder a una atención integral para lo cual “Todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el Ministerio de Salud Pública e incluidos por éste en el formulario

terapéutico de medicamentos, y a conocer los posibles efectos colaterales derivados de su utilización” art. 7 inciso 2 de la ley referida ley. En el caso claramente se vulneran estos derechos en forma irrefragable ya que el paciente y el medico acordaron un tratamiento, dentro de los previstos por la autoridad sanitaria correspondiente que no se puede concretar por la imposibilidad de acceder al costo de un medicamento registrado. Se vulnera claramente el principio de igualdad en la ley ya que se establece una discriminación injusta y carente de sentido al privar al actor de los derechos consignados anteriormente. Como señala Bidart Campos la obligación de abstenerse de cualquier acción que incida desfavorablemente en la salud del titular del derecho tiene como sujeto obligado a cumplirla a todos los demás en cuyo conjunto involucramos al Estado y a los particulares precisando que se trata de lo que clásicamente se llamo obligación pasiva universal. Cfm Bidart Campos German Estudio nacional sobre la constitución y el derecho a la salud. E AAVV el derecho a la salud en las ameritas Estudio constitucional comparado Organización Panamenrican de la Salud Washington 1989 Págs. 33 y 34. La decisión del o los médicos de indicar determinado tratamiento con medicamentos registrados no puede considerarse una decisión menor o caprichosa, ni menos aún sujeta a cambio o condicionamiento de tipo alguno, fundado en reglamentos que obviamente no pueden contemplar la realidad individual y única de cada paciente. 4) La correcta conducta procesal de las partes determina que las costas y costos de la instancia sean en el orden causado (arts. 56 y 261 [red. L. 16699] CGP y 688 C. Civil). Por los expresados fundamentos y normas citadas el TRIBUNAL, ALLA: CONFIRMASE LA RECURRIDA Y LA CONDENA A FINANCIAR EL MEDICAMENTO SOLICITADO ACETATO DE ABIRATERONA EN LOS TERMINOS SEÑALADOS EN EL FALLO DEL PRIMERA INSTANCIA SIN ESPECIALES SANCIONES PROCESALES EN EL GRADO. NOTIFIQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA CON COPIA PARA LA SRA. JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA. (OFICINA: TRIBUNAL APELACIONES CIVIL 2ºTº, NRO: SEF 0005-000093/2015, DFA 0005-000389/2015 SEF 0005-000093/2015, TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEGUNDO TURNO, MINISTRO REDACTOR: DR. ÁLVARO FRANÇA, MINISTROS FIRMANTES: DR. TABARÉ SOSA, DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI, Y DR. ÁLVARO FRANÇA, MONTEVIDEO 12 DE AGOSTO DE 2015)

URUGUAI

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. [...]
 IV.- Particularmente in folios, atento a los agravios esgrimidos, debe elucidarse la cuestión de la menesterosidad del amparista. En primer lugar, el Tribunal discrepa con la “a quo” cuando se funda en la parte final del art. 44 de la Constitución de la República que expresa: “El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”. Véase que el actor no reclama directamente al Estado sino que, se trata de una persona afiliada a CAMS (Cooperativa de Asistencia Médica de Soriano). Es por tanto Usuario

del Sistema Nacional Integrado de Salud (art. 49 Ley 18211 -al registrar en una de las entidades prestadoras de servicios de salud-). Subsecuentemente a juicio de la Sala, el afiliado usuario del sistema no debe demostrar ser indigente para solicitar a los obligados las prestaciones de salud que requiera, a los órganos correspondientes del Sistema Nacional Integrado de Salud -atención integral que implementa el MSP ex-Ley 17930, art. 264-, para que cumplan con las obligaciones de cobertura de atención médica que les corresponden. Sólo debe probar su calidad usuario del SNIS y como lo ha señalado el Tribunal debe subrayarse que la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la accesibilidad económica en el sentido de que todas las personas deben tener acceso al nivel más alto posible de servicios de salud independientemente de sus ingresos. En segundo lugar, teniendo en cuenta el interés superior que se trata de proteger y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación planteada, no parece razonable extremar el rigorismo en la exigencia indefectible de una prueba negativa (no poder pagar el costo del medicamento que se solicita) que es obviamente de muy difícil producción. Véase que en la especie, son indicativos de relativa solvencia económica, el tratamiento en el exterior que se realizó el actor (que alega costado por su madre) pero también son indicios en contrario, el hecho de la enfermedad desde el año 2012, lo que unido al tipo de trabajo (independiente rural) sin duda a tres años de enfermedad, los ingresos propios por trabajo manifiestamente han sido menguados, afectándose así al núcleo familiar como se relaciona en los agravios. El promotor asimismo se ajustó al principio de la buena fe en sus proceder ya que no ocultó sus acciones y en su declaración de parte aclaró que lo ayudo su madre, lo precario de su permanencia en USA. El rechazo de la demanda implica virtual “castigo” en un amparo de salud a quien recibió ayuda familiar y pudo en algún momento costearse algún tratamiento. V.- Se ha acordado que carecen de virtualidad jurídica y de poder convictivo suficiente, el fundamento esgrimido con relación a que debe estarse a lo que dispone la resolución de 27 de febrero de 2015 donde el Ministro respectivo resolvió no incorporar al FTM el fármaco Cetuximab. Recuerda el Tribunal que el reglamento es acto administrativo que se desenvuelve bajo las normas de jerarquía superior, que toda violación de las mismas o de los principios que las informan, invalida el reglamento y el juez puede desaplicarlo. Es trasladable a la especie lo sostenido por la SCJ en sentencia 308/1974: “El hecho de que un particular afectado por un acto administrativo no promueva los recursos jerárquicos del caso y prescinda de la acción de nulidad no impide que provoque la irregularidad del acto en vía jurisdiccional cuando se pretenda hacer valer ante ella los efectos del mismo y los jueces están habilitados en esa emergencia para apreciar su legalidad y desechar su aplicación si encuentran mérito para ello. Con esto no se invade la competencia TCA puesto que, y tal como lo consignara el referido pronunciamiento: “El acto administrativo no impugnado queda firme y definitivo, pero puede ser atacado por el particular afectado (...) por la vía de la excepción, y la consecuencia no es su anulación, sino simplemente su desaplicación (...) por razón de ilegalidad, sustancial o formal. Y con el apoyo de la doctrina nacional, concluye que: “(...) planteada una contienda

ante los jueces del fuero común éstos tienen entera libertad para interpretar las leyes, reglamentos y actos administrativos que regulen el caso sujeto a su decisión y en cuanto al reglamento y al acto administrativo pueden examinar sin limitaciones su legalidad, pues su única valla es “la determinación de la constitucionalidad de la ley, de competencia exclusiva de la Corte”. Coincidentemente, SAYAGUES LASO enseña que el TCA (...) tiene competencia exclusiva para la anulación de los actos administrativos y en ese aspecto excluye absolutamente la actuación del Poder judicial; pero no tiene competencia para juzgar a otros efectos la regularidad jurídica de los actos administrativos, en cuyo plano se mantiene la competencia del Poder Judicial (Tratado, T. 2, ed. 1987, pág. 555)”. Para el similar de 7º Turno conforme sentencia N° 320/2011: “La solución que se propicia no implica violación al principio de separación de poderes, porque no involucra decidir sobre políticas de salud – donde ciertamente el Poder Judicial carece de competencia – sino de reconocer un derecho de rango constitucional y ordenar a la Administración que lo cumpla.” VI.- La prescripción médica del medicamento solicitado ha sido ratificada por la peritación rendida en autos, la que no fue impugnada, Prof. Adj. Dr. Luis Ubillos (fs. 238-239) la que establece los beneficios para la salud del actor (hombre de 51 años de edad portador de cáncer de colon con metástasis hepáticas y peritoneales), siendo la única opción terapéutica disponible. En cuanto al marco jurídico sustancial aplicable, ha señalado reiteradamente esta Sala (v.g. SEF 5-242/2014): “...una correcta hermenéutica de las normas y principios aplicables, determina la configuración de ilegitimidad manifiesta por injustificada e inmotivada dilación u omisión del Estado (MSP) en tutelar la Salud de los habitantes de la República (art. 44 de la Constitución) por medio de tempestiva y eficaz puesta a disposición de los pacientes de los fármacos prescriptos (accesibilidad – todas las personas deben tener acceso al nivel más alto posible de servicios de salud-). Subraya el Tribunal que la obligación que asumen las autoridades está presidida por una principal, que es conseguir la salud del paciente o acercarlo cuanto más sea posible a ese ideal y con ese propósito, deben realizar aquellos pasos que conduzcan a los más adecuados tratamientos, priorizando los derechos de los pacientes,. Como ha señalado reiteradamente la Sala, el derecho a la salud (en muchos casos estrechamente vinculado con el derecho a la vida) está garantizado por la Constitución de la República y por normas de fuente internacional (Declaración Universal de DDHH, arts. 3 y 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 que dice: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 inc.1; Pacto de San José de Costa Rica, arts. 4 y 5). La Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece estándares para el derecho a la salud, señala: b) Accesibilidad. La infraestructura y los servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación. Esto incluye... 2) Accesibilidad económica. Todas las personas deben tener acceso al nivel más alto posible de servicios de salud independiente de sus ingresos”. El actor se halla asistida de un derecho subjetivo, ligado a la personalidad, dignidad e integridad de la persona,

así como al propio derecho a la vida; derecho que a su vez debe concebirse como un mandato objetivo dirigido al Estado, que obliga a la administración pública a acciones positivas en resguardo de la Salud. La protección del derecho a la salud es obligación impostergable del Estado, que debe tutelarla, dictando las normas necesarias y velando por su cumplimiento a fin de asegurar la real existencia de este derecho, lo que en autos no ha acontecido.” VII.- El Tribunal igualmente entiende que se configura ilegitimidad manifiesta para la negativa de solventar Cetuximab, por violación del principio de igualdad. Así en SEF 5-100012/2012 se señaló – en caso similar- que existió violación del principio de igualdad (art. 8 de la Constitución) al tratar desigualmente situaciones similares. El uso de los recursos públicos no debe discriminar entre ciudadanos, debiéndosele exigir al Estado el más cabal ajuste al principio de igualdad y buena fe ya que es justamente la ética la que legitima al Estado. El MSP y ASSE han brindado el fármaco a otros pacientes en forma directa y sin orden judicial, con lo cual se configura el elemento objetivo del amparo “ilegitimidad manifiesta” también por éste argumento. VIII.- El argumento económico vertido por el MSP para rechazar el suministro del medicamento (que es la única opción terapéutica en el caso), carece de la más mínima virtualidad jurídica y poder convictivo desde que al respecto, cabe observar que si bien el costo es elevado, la argumentación del recurrente relativa a la virtual afectación de los principios que informan el Sistema Nacional Integrado de Salud (art. 5 Ley 18211) no fue demostrada en absoluto ya que no se alegó y menos aún probó v.g. en un año, cuántos pacientes necesitarían tal medicación para proyectar los eventuales costos; esto es, sin estimación del número de pacientes y costos totales por periodos, así como incidencia en el gasto total que se efectúa por medicamentos y en comparación con las demás rubros de las prestaciones de salud, no puede siquiera comenzar a analizarse la juridicidad de tales principios, su naturaleza y alcance así como la eventual vulneración. Véase en este sentido, la Sala SEF 5-236/2014 y 5-81/2015. IX.- En cuanto a la absolución del FNR, se mantendrá la misma ya que el recurrente no ha desarrollado agravios debidamente fundados. “...la expresión de agravios impuesta por el art. 253.1 CGP es el escrito en el cual el apelante examina los fundamentos de la sentencia y concreta los errores que, a su juicio, ella contiene, de los cuales derivan los agravios de que reclama”. “Siendo el agravio en la terminología de nuestro máximo procesalista: la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral (COUTURE, Fundamentos, p. 346).” Puntualiza ALSINA (Trat... T. Iv. p. 389-391) que por expresión de agravios se entiende el escrito en el cual el apelante examina los fundamentos de la sentencia y concreta los errores que, a su juicio, ella contiene, de los cuales derivan los agravios que reclama y agrega que no es una simple fórmula carente de sentido, sino un análisis razonado de la sentencia y una demostración de los motivos que tiene para considerar que ella es errónea. Y la razón de ser de estas exigencias radican en que el órgano de segunda instancia, al considerar el medio impugnativo, tiene circunscripto su radio de acción a los límites señalados en la demanda-apelación, no pudiendo entrar oficiosamente en la consideración de cuestiones que no se le hayan planteado concretamente (arts. 248 y 249 CGP)” (sentencia 97/2010 de la Sala, entre

muchas otras). X.- Costas y costos de la presente instancia por su orden (arts. 56 y 261 [red. L. 16699] CGP y 688 C. Civil). Por los expresados fundamentos y preceptos que se incluyen el Tribunal, FALLA: Revocase la sentencia apelada, en cuanto absolvió al codemandado MSP y en su lugar se lo condena a suministrar a la accionante el medicamento “Cetuximab” de acuerdo a las prescripciones del médico tratante y en el plazo de 24 horas. Sin especiales condenaciones en la instancia. Oportunamente, devuélvase. (TRIBUNAL APELACIONES CIVIL 2ºTº, SEF 0005-000090/2015, DFA 0005-000372/2015 SEF 0005-000090/2015, TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEGUNDO TURNO, MINISTRO REDACTOR: DR. TABARÉ SOSA, MINISTROS FIRMANTES: DRES. JOHN PÉREZ, ÁLVARO FRANCA Y TABARÉ SOSA, MONTEVIDEO, 5 DE AGOSTO DE 2015. FICHA NO. 2-22417/2015)

VENEZUELA

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO. [...] *Para decidir, la Sala observa: El vicio de falsa aplicación de norma jurídica consiste en la incorrecta elección que realiza el Juez de la norma jurídica aplicable para resolver la controversia, es decir, la falsa relación entre el supuesto de hecho del caso concreto y la norma jurídica escogida. Cabe acotar, que por tratarse de estipulaciones de carácter normativo, las infracciones de las cláusulas de las Convenciones Colectivas de Trabajo, son susceptibles de ser denunciadas mediante el recurso extraordinario de casación. Las normas que se denuncian como infringidas regulan lo relativo al régimen de discapacidades para el trabajo y accidentes en el trabajo, que establecen que cuando la relación laboral termine como consecuencia de una discapacidad “absoluta permanente” o “gran discapacidad” para el trabajo habitual, producto de una enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, la empresa pagará las prestaciones sociales como si se tratara de un despido injustificado, y complementariamente, aplicaría las provisiones contenidas en el Plan de Jubilaciones. En el caso sub examine el ciudadano Octavio Ramón Noroño Fernández, demandó a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (C.A.D.A.F.E.), alegando que prestó servicios durante veinticinco (25) años, diez (10) meses y veintidós (22) días, desde el 5 de enero de 1981 hasta el 27 de noviembre de 2007, cuando finalizó la relación de trabajo por jubilación, con el cargo de técnico electricista, recibiendo el pago de ciento noventa y cuatro mil seiscientos ochenta y dos bolívares con ochenta y tres céntimos (Bs. 194.682,83) por concepto de prestaciones sociales y otros conceptos laborales. Que el 13 de abril de 2007, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, certificó la siguiente enfermedad ocupacional: “Hernia Discal Radicolopatía C5C6 y C6C7, cervicoartrosis severa, síndrome vertiginoso (...) que le origina una pérdida de capacidad para el trabajo de 67% (...) le causa una incapacidad total para el trabajo (...)” Reclamó el pago de las siguientes indemnizaciones: la prevista en el artículo 571 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997); el seguro colectivo de vida previsto en la cláusula 46, numeral 2, de la Convención Colectiva de CADAFE 20062008; el doble de la indemnización por la prestación de antigüedad prevista en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo;*

el doble de la indemnización por el preaviso previsto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo; y cinco por ciento (5%) adicional por cada año de servicio prestado después de cinco (5) años ininterrumpidos, conforme a lo establecido en el numeral 10, anexo “E” de la Convención Colectiva de Trabajo. La representación judicial de la sociedad mercantil Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (C.A.D.A.F.E.), en su escrito de contestación opuso la defensa de prescripción de la acción; rechazó que el último cargo desempeñado haya sido el de técnico electricista, sino el de supervisor de medición directa; negó el tiempo de servicio alegado y que la fecha de terminación de la relación de trabajo haya sido el 27 de noviembre de 2007, sino el 31 de julio de 2007, para un tempo de servicio de 26 años, 6 meses y 26 días, cuando se le otorgó el beneficio de jubilación; negó que al trabajador le correspondiera el beneficio establecido en la cláusula 20 de la Convención Colectiva de Trabajo. Asimismo rechazó la aplicación del último aparte del literal “a2”, numeral 10 del anexo “E” de la Convención Colectiva de Trabajo, para los casos de despido injustificado; negó el salario alegado, y que adeude cantidad alguna por las diferencias reclamadas sobre la base de las indemnizaciones señaladas en el escrito de demanda. Sobre la controversia planteada, el Tribunal de alzada resolvió que había quedado admitida la relación de trabajo, y la causa de terminación del vínculo; que procedía la indemnización correspondiente por concepto de seguro de vida; la aplicación de las cláusulas 19, numeral 3 y 20, numeral 1, de la Convención Colectiva de Trabajo y por tanto la indemnización doble de antigüedad; los intereses de mora desde la finalización de la relación de trabajo y la corrección monetaria. Asimismo, que resultaban improcedentes la indemnización prevista en el artículo 571 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997); el pago del 5% adicional por años de servicio; el ajuste de la pensión de vejez; y el pago doble del preaviso. Con respecto a la aplicación de la cláusula 19.3 de la Convención Colectiva de Trabajo, precisó que dicha norma no contempla una solución específica para el presente caso – discapacidad total y permanente, por cuanto se refiere a discapacidades más graves discapacidad absoluta y permanente y gran discapacidad, sin embargo, es la que más se acerca a la situación fáctica y la más favorable al trabajador, por lo que en atención al principio de in dubio pro operario, establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, consideró ajustado a derecho la aplicación de la citada cláusula. En el presente caso la certificación de incapacidad expedida por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), en fecha 13 de abril de 2007, a nombre del ciudadano Octavio Ramón Noroño Fernández, se limitó a señalar que el porcentaje de pérdida de capacidad del trabajo era del sesenta y siete por ciento (67%), sin referirse al tipo de discapacidad ocasionada (Folio 248, pieza 1). Dicha imprecisión dio pie a que la empresa demandada calificara unilateralmente, como “total y permanente” la discapacidad padecida por el trabajador, que en principio lo excluiría de los términos previstos en las cláusulas 20 y 19.3 de la Convención Colectiva CADAFE 20062008. Cabe señalar que la Ley Orgánica de Protección, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, en sus artículos 81 y 82, distingue la discapacidad “total permanente” de la discapacidad “absoluta permanente”. La primera de ellas genera en el trabajador o trabajadora una

disminución mayor o igual al sesenta y siete por ciento (67%) de su capacidad física, intelectual o ambas, que le impidan el desarrollo de las principales actividades laborales inherentes a la ocupación u oficio habitual que venía desarrollando antes de la contingencia, siempre que se conserve capacidad para dedicarse a otra actividad laboral distinta; la segunda, genera en el trabajador o trabajadora una disminución total y definitiva mayor o igual al sesenta y siete por ciento (67%) de su capacidad física, intelectual, o ambas, que lo inhabilita para realizar cualquier tipo de oficio o actividad laboral. Como se puede apreciar, en ambos casos se parte de un porcentaje de discapacidad mayor o igual al sesenta y siete por ciento (67%), sin embargo, difieren en cuanto a la posibilidad de que el trabajador pueda o no desempeñar otras actividades laborales dentro de la empresa. En efecto, mientras la discapacidad “total permanente” permite que el trabajador pueda desempeñar otras actividades laborales distintas a las que venía realizando, la discapacidad “absoluta permanente”, no lo permite. La Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (C.A.D.A.F.E.), consideró que el demandante padecía una discapacidad “total y permanente”, y a pesar de ello no lo reubicó para que cumpliera otras actividades, como lo ordena la Ley, sino que le otorgó el beneficio de jubilación, lo que se correspondería con la discapacidad “absoluta permanente” que sí encuadra dentro del ámbito de aplicación de la Convención Colectiva CADAFE 20062008, y de su cláusula 19.3, por lo que esta Sala coincide con la apreciación llevada a cabo por al ad quem, con respecto a la aplicación del principio del in dubio pro operario, al determinar que es procedente la indemnización a favor del actor que se traduce en el doble de pago por concepto de prestación de antigüedad, haciendo forzoso declarar improcedente la presente delación y en consecuencia, sin lugar el recurso. DECISIÓN. En mérito de las consideraciones anteriores, esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara: PRIMERO: SIN LUGAR el recurso de casación anunciado por el representante legal de la sociedad mercantil Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC), contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, en fecha 28 de junio de 2012; y SEGUNDO: CONFIRMA el fallo recurrido, en razón a que no incurre en el vicio que se le imputa. No hay condenatoria en costas, dada la naturaleza del presente fallo. Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial supra identificada. Particípese de esta decisión al Juzgado Superior de origen antes mencionado, todo ello de conformidad con el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. No firma la presente decisión el Magistrado Doctor DANILLO ANTONIO MOJICA MONSALVO, quien no estuvo presente en la audiencia oral por causas justificadas. Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los seis (06) días del mes de marzo de dos mil quince. Años: 204° de la Independencia y 156° de la Federación. La Presidenta de la Sala, MARJORIE CALDERÓN GUERRERO (TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, R.C. N° AA60S2013000044)

ÍNDIA

[...] 91. *The basic spirit of our Constitution is to provide each and every person of the nation equal opportunity to grow as a human being, irrespective of race, caste, religion, community and social status. Granville Austin while analyzing the functioning of Indian Constitution in first 50 years ha described three distinguished strands of Indian Constitution: (i) protecting national unity and integrity, (ii) establishing the institution and spirit of democracy; and (iii) fostering social reforms. The Strands are mutually dependent, and inextricably intertwined in what he elegantly describes as “a seamless web”. And there cannot be social reforms till it is ensured that each and every citizen of his country is able to exploit his/her potentials to the maximum. The Constitution, although drafted by the Constituent Assembly, was meant for the people of India and that is why it is given by the people to themselves as expressed in the opening words. We the People”. What is the most important gift to the common person given by this Constitution is “fundamental rights” which may be called Human Rights as well. 92. The concept of equality in Article 14 so also the meaning of the words ‘life’, ‘liberty’ and ‘law’ in Article 21 have been considerably enlarged by judicial decisions. Anything which is not ‘reasonable, just and fair’ is not treated to be equal and is, therefore, violative of Article 14. [...] 105. If a person has changed his/her sex in tune with his/her gender characteristics and perception, which has become possible because of the advancement in medical science, and when that is permitted by in medical ethics with no legal embargo, we do not find any impediment, legal or otherwise, in giving due recognition to the gender identity based on the reassign sex after undergoing SRS. 106. For these reasons, we are of the opinion that even in the absence of any statutory regime in this country, a person has a constitutional right to get the recognition as male or female after SRS, which was not only his/her gender characteristic but has become his/her physical form as well. (2) Re: Right of TG to be identified and categorized as “third gender”. [...] 108. It is to be emphasized that Transgender in India have assumed distinct and separate class/category which is not prevalent in other parts of the World except in some neighbouring countries. In this country, TG community comprise of Hijaras, enunch, Kothis, Aravanis, Jogappas, Shiv-Shakthis etc. In Indian community transgender are referred as Hizra or the third gendered people. There exists wide range of transgender-related identities, cultures, or experience –including Hijras, Aravanis, Kothis, jogtas/Jogappas, and Shiv-Shakthis (Hijras: They are biological males who reject their masculinity identity in due course of time to identify either as women, or ‘not men’. Aravanis: Hijras in Tamil Nadu identify as ‘Aravani’. Kothi: Kothis are heterogeneous group. Kothis can be described as biological males who show varying degrees of ‘femininity’. Jogtas/Jogappas: They are those who are dedicated to serve as servant of Goddess Renukha Devi whose temples are present in Maharashtra and Karnataka. Sometimes, Jogti Hijras are used to denote such male-to-female transgender persons who are devotees of Goddess Renukha and are also from the Hijra community. Shiv-Shakthis: They are considered as males who are possessed by or*

particularly close to a goddess and who have feminine gender expression). The way they behave and acts differs from the normative gender role of a men and women. For them, furthering life is far more difficult since such people are neither categorized as men nor women and this deviation is unacceptable to society's vast majority. Endeavour to live a life with dignity is even worse. Obviously transvestites, the hijra beg from merchants who quickly, under threat of obscene abuse, respond to the silent demands of such detested individuals. On occasion, especially festival days, they press their claims with boisterous and ribald singing and dancing. (A Right to Exist: Eunuchs and the State in Nineteenth-Century India Laurence W. Preston Modern Asian Studies, Vol.21, No.2 (1987), pp.371-387). 109. Therefore, we make it clear at the outset that when we discuss about the question of conferring distinct identity, we are restrictive in our meaning which has to be given to TG community i.e. hijra etc., as explained above. [...] 111. We are of the firm opinion that by recognizing such TGs as third gender, they would be able to enjoy their human rights, to which they are largely deprived of for want of this recognition. As mentioned above, the issue of transgender is not merely a social or medical issue but there is a need to adopt human right approach towards transgenders which may focus on functioning as an interaction between a person and their environment highlighting the role of society and changing the stigma attached to them. TGs face many disadvantages due to various reasons, particularly for gender abnormality which in certain level needs to physical and mental disability. Up till recently they were subjected to cruelty, pity or charity. Fortunately, there is a paradigm shift in thinking from the aforesaid approach to a rights based approach. Though, this may be the thinking of human rights activist, the society has not kept pace with this shift. There appears to be limited public knowledge and understanding of same-sex sexual orientation and people whose gender identity and expression are incongruent with their biological sex. As a result of this approach, such persons are socially excluded from the mainstream of the society and they are denied equal access to those fundamental rights and freedoms that the other people enjoy freely. (See, Hijras/Transgender Women in India: HIV, Human Rights and Social Exclusion, UNDP report on India Issue: December, 2010). [...] 119. The role of the Court is to understand the central purpose and theme of the Constitution for the welfare of the society. Our Constitution, like the law of the society, is a living organism. It is based on a factual and social reality that is constantly changing. Sometimes a change in the law precedes societal change and is even intended to stimulate it. Sometimes, a change in the law is the result in the social reality. When we discuss about the rights of TGs in the constitutional context, we find that in order to bring about complete paradigm shift, law has to play more pre-dominant role. As TGs in India, are neither male nor female, treating them as belonging to either of the aforesaid categories, is the denial of these constitutional rights. It is the denial of social justice which in turn has the effect of denying political and economic justice. [...] 126. By recognizing TGs as third gender, this Court is not only upholding the rule of law but also advancing justice to the class, so far deprived of their legitimate natural and constitutional rights. It is, therefore, the only just solution which

ensures justice not only to TGs but also justice to the society as well. Social justice does not mean equality before law in papers but to translate the spirit of the Constitution, enshrined in the Preamble, the Fundamental Rights and the Directive Principles of State Policy into action, whose arms are long enough to bring within its reach and embrace this right of recognition to the TGs which legitimately belongs to them.

127. Aristotle opined that treating all equal things equal and all unequal things unequal amounts to justice. Kant was of the view that at the basis of all conceptions of justice, no matter which culture or religion has inspired them, lies the golden rule that you should treat others as you would want everybody to treat everybody else, including yourself. When Locke conceived of individual liberties, the individuals he had in mind were independently rich males. Similarly, Kant thought of economically self-sufficient males as the only possible citizens of a liberal democratic state. These theories may not be relevant in today's context as it is perceived that the bias of their perspective is all too obvious to us. In post-traditional liberal democratic theories of justice, the background assumption is that humans have equal value and should, therefore, be treated as equal, as well as by equal laws. This can be described as 'Reflective Equilibrium'. The method of Reflective Equilibrium was first introduced by Nelson Goodman in 'Fact, Fiction and Forecast' (1955). However, it is John Rawls who elaborated this method of Reflective Equilibrium by introducing the conception of 'Justice as Fairness'. In his 'Theory of Justice', Rawls has proposed a model of just institutions for democratic societies. Herein he draws on certain pretheoretical elementary moral beliefs ('considered judgments'), which he assumes most members of democratic societies would accept. "[Justice as fairness (...)] tries to draw solely upon basic intuitive ideas that are embedded in the political institutions of a constitutional democratic regime and the public traditions of their interpretations. Justice as fairness is a political conception in part because it starts from within a certain political tradition. Based on this preliminary understanding of just institutions in a democratic society, Rawls aims at a set of universalistic rules with the help of which the justice of present formal and informal institutions can be assessed. The ensuing conception of justice is called 'justice as fairness'. When we combine Rawls's notion of Justice as Fairness with the notions of Distributive Justice, to which Noble Laureate Prof. Amartya Sen has also subscribed, we get jurisprudential basis for doing justice to the Vulnerable Groups which definitely include TGs. Once it is accepted that the TGs are also part of vulnerable groups and marginalized section of the society, we are only bringing them within the fold of aforesaid rights recognized in respect of other classes falling in the marginalized group. This is the minimum riposte in an attempt to assuage the insult and injury suffered by them so far as to pave way for fast tracking the realization of their human rights.

128. The aforesaid, thus, are my reasons for treating TGs as 'third gender' for the purposes of safeguarding and enforcing appropriately their rights guaranteed under the Constitution. These are my reasons in support of our Constitution to the two issues in these petitions. 129. We, therefore, declare: (1) Hijras, Eunuchs, apart from binary gender, be treated as "third gender" for the purpose of safeguarding their rights under

Part III of our Constitution and the laws made by the Parliament and the State Legislature. (2) Transgender persons' right to decide their self-identified gender is also upheld and the Centre and State Governments are directed to grant legal recognition of their gender identity such as male, female or as third gender. (3) We direct the Centre and the State Governments to take steps to treat them as socially and educationally backward classes of citizens and extend all kinds of reservation in cases of admission in educational institutions and for public appointments. (4) Centre and State Governments are directed to operate separate HIV Sero-surveillance Centres since Hijras/Transgenders face several sexual health issues. (5) Centre and State Governments should seriously address the problems being faced by Hijras/Transgenders such as fear, shame, gender dysphoria, social pressure, depression, suicidal tendencies, social stigma, etc. and any insistence for SRS for declaring one's gender is immoral and illegal. (6) Centre and State Governments should take proper measures to provide medical care to TGs in the hospitals and also provide them separate public toilets and other facilities. (7) Centre and State Governments should also take steps for framing various social welfare schemes for their betterment. (8) Centre and State Governments should take steps to create public awareness so that TGs will feel that they are also part and parcel of the social life and be not treated as untouchables. (9) Centre and the State Governments should also take measures to regain their respect and place in the society which once they enjoyed in our cultural and social life. 130. We are informed an Expert Committee has already been constituted to make an in-depth study of the problems faced by the Transgender community and suggest measures that can be taken by the Government to ameliorate their problems and to submit its report with recommendations within three months of its constitution. Let the recommendations be examined based on the legal declaration made in this Judgment and implemented within six months. 131. Writ Petitions are, accordingly, allowed, as above. (SUPREME COURT OF INDIA, CIVIL ORIGINAL JURISDICTION, WRIT PETITION (CIVIL) NO. 400 OF 2012 WITH WRIT PETITION (CIVIL) NO. 604 OF 2013, NEW DELHI, APRIL 15, 2014, JUDGE: K.S. RADHAKRISHNAN, J.)

VERSÃO EM PORTUGUÊS

[...] 91. O espírito básico da nossa Constituição é proporcionar a cada pessoa da nação oportunidades iguais para crescer enquanto ser humano, sem distinção de raça, casta, religião, comunidade e status social. Granville Austin, ao analisar o funcionamento da Constituição Indiana nos primeiros 50 anos descreveu três pontos principais: (i) proteger a unidade e integridade nacional, (ii) estabelecer a instituição e o espírito da democracia; e (iii) promoção de reformas sociais. Estes pontos são mutuamente dependentes, e estão inexoravelmente interligados no que ele elegantemente descreve como “um tecido contínuo”. E não pode haver reformas sociais até que se assegure que todos os cidadãos de um país sejam capazes de explorar seus/suas potencialidades ao máximo. A Constituição, embora redigida pela

Assembleia Constituinte, é para o povo da Índia e é por isso que é dada pelo povo para si mesmo, como expresso nas palavras de abertura: “Nós, as pessoas”. O valor mais importante para a pessoa comum consolidado por esta Constituição é a garantia de “direitos fundamentais” que podem ser chamados de direitos humanos também. 92. O conceito de igualdade no artigo 14 e o significado das palavras “vida”, “liberdade” e “lei” no artigo 21 foram ampliados consideravelmente por decisões judiciais. Tudo aquilo que não é “razoável, justo e equitativo” não é igual e, portanto, infringe o Artigo 14. [...] 105. No caso de uma pessoa que mudou seu sexo em sintonia com seus/suas características de gênero e percepção, o que se tornou possível devido ao avanço da ciência médica, e quando isso é permitido pela ética médica sem embargo legal, não se encontra qualquer impedimento, legal ou não, em dar o devido reconhecimento à identidade de gênero com base no sexo escolhido depois de submetido a Cirurgia de Redesignação Sexual (CRS). 106. Por essas razões, somos da opinião de que, mesmo em ausência de qualquer regime legal neste país, uma pessoa tem um direito constitucional de obter o reconhecimento como homem ou mulher após CRS, considerando que além de sua característica de gênero, há também sua forma física. (2) Re: Direito ao terceiro gênero de ser identificado e classificado como “terceiro sexo”. [...] 108. É de se ressaltar que os transgêneros na Índia assumiram distinta e separada classe/categoria, fato que não é prevalente em outras partes do mundo, exceto em alguns países vizinhos. Na Índia, a comunidade transgênero compreende os Hijaras, Eunuch, Kothis, Aravanis, Jogappas, Shiv-Shakthis etc. Na comunidade indiana, os transgêneros são referidos como Hizra ou povos do terceiro gênero. Existe uma vasta gama de identidades relacionadas aos transexuais, de acordo com cada cultura ou experiência - incluindo Hijras, Aravanis, Kothis, Jogtas/Jogappas e Shiv-Shakthis. (Hijras: homens biológicos que rejeitam a sua masculinidade, identificando-se como mulheres, ou “não homens”. Aravanis: Hijras da região de Tamil Nadu. Os Kothis são um grupo heterogêneo, podendo ser descritos como homens biológicos que apresentam diferentes graus de “feminilidade”. Jogtas/Jogappas: são aqueles que se dedicam a servir como servo de Deusa Renukha Devi cujos templos estão presentes em Maharashtra e Karnataka. Às vezes, o termo Jogti Hijras é usado para denotar transexuais devotos da Deusa Renukha, que são também da comunidade Hijra. Shiv-Shakthis: são considerados homens possuídos ou próximos a uma deusa e que têm expressões do gênero feminino). A maneira como eles se comportam e agem difere do papel de gênero normativo do homem e da mulher. Para eles, a vida é muito mais difícil, uma vez que tais pessoas não são categorizadas como homem nem mulher e esse desvio é inaceitável para a grande maioria da sociedade. A tentativa de viver uma vida com dignidade é ainda mais desgastante. Os Hijra são travestis que mendigam de comerciantes que, sob a ameaça de abuso obsceno, respondem às exigências silenciosas destas individualidades detestadas. Os Hijra, em dias de festival, expõem suas reivindicações com turbulentos e irreverentes cantos e danças. (O direito de existir: Eunuchs do Estado no século XIX Índia Laurence W. Preston modernos Estudos Asiáticos, vol.21, No.2

(1987), p.371-387). 109. Portanto, nós tornamos claro desde o início que, quando discutimos a questão de conferir identidade distinta, nos restringimos ao nosso significado usual, o que não pode acontecer. Portanto, esse direito deve ser dado à comunidade transgênera, como explicado. [...] 111. Somos da opinião firme de que, reconhecendo os transgêneros como terceiro gênero, eles seriam capazes de desfrutar de seus direitos humanos, dos quais estão, em grande medida, privados, por falta deste reconhecimento. Como mencionado, a questão dos transgêneros não é meramente uma questão social ou médica, mas há uma necessidade de se adotar uma abordagem humana, que deve se concentrar na interação entre uma pessoa transgênera e seu meio ambiente, destacando-se o papel da sociedade de mudar o estigma ligado a eles. Os transgêneros enfrentam muitas desvantagens devido a várias razões, particularmente, à anormalidade do gênero, que em determinado nível apresenta deficiências físicas e mentais. Até recentemente, eles foram submetidos a atos de crueldade, piedade ou caridade. Felizmente, há uma mudança de paradigma no pensamento atual a partir da abordagem baseada nos direitos humanos. Esse é o pensamento dos ativistas dos direitos humanos. No entanto, a sociedade, infelizmente, não acompanhou o ritmo da mudança. Parece haver um conhecimento limitado, bem como a incompreensão de que a orientação sexual e a identidade de gênero podem ser incongruentes com o sexo biológico. Como resultado, os transgêneros são socialmente excluídos da sociedade e lhes é negada a igualdade de acesso a direitos e liberdades fundamentais que as outras pessoas desfrutam livremente. (Veja, hijras / mulheres transexuais na Índia: HIV, Direitos Humanos e à Exclusão Social, o PNUD relatório sobre a Índia Edição: dezembro de 2010). [...] 119. O papel deste Tribunal é entender o propósito central da Constituição para o bem-estar da sociedade. A nossa Constituição, como a lei da sociedade, é um organismo vivo. É baseada em uma realidade factual e social que está mudando constantemente. Às vezes, uma mudança na lei precede a mudança social, fato que destinasse a estimulá-la. Às vezes, uma mudança na lei é o resultado de uma realidade social. Quando discutimos sobre os direitos dos transgêneros no contexto constitucional, descobrimos que, a fim de trazer uma mudança completa de paradigmas, a lei necessita desempenhar um papel mais predominante. Os transgêneros na Índia não são nem homem nem mulher, tratá-los como pertencentes a uma das categorias acima mencionadas é a própria negação de seus direitos constitucionais. É a negação da justiça social que, por sua vez, tem o efeito de negar justiça política e econômica. [...] 126. Ao reconhecer os transgêneros como um terceiro sexo, esta Corte não só defende o Estado de direito, mas também promove a justiça para este grupo, até agora privado de seus direitos naturais e constitucionais legítimos. É, portanto, a única solução justa que garante a justiça, não só para transgêneros, como também à sociedade. A justiça social não significa igualdade perante a lei somente no papel, mas é necessário traduzir o espírito da Constituição, que consagra em seu preâmbulo os direitos fundamentais e os princípios diretivos da política de Estado em ação, cujos braços são longos o suficiente para alcançar e abraçar o direito de reconhecimento aos

transgêneros que legitimamente lhes pertence. 127. Aristóteles opinou que o tratamento igual perante iguais e o tratamento desigual de desiguais leva à justiça. Kant era da opinião de que em todas as concepções de justiça - não importando qual cultura ou religião foram fontes de inspiração - encontra-se a regra de ouro de que você deve tratar os outros como você gostaria que todos fossem tratados, inclusive você mesmo. Quando Locke concebeu a idade das liberdades individuais, os indivíduos que ele tinha em mente eram apenas do sexo masculino e ricos. Da mesma forma, Kant pensou em homens economicamente autossuficientes como possíveis únicos cidadãos de um Estado democrático liberal. Essas teorias podem não ser relevantes no contexto de hoje, talvez por serem muito óbvias para nós. Nas atuais teorias democráticas liberais pós-tradicionais de justiça, a suposição inicial é de que os seres humanos possuem o mesmo valor e devem, portanto, serem tratados como iguais, bem como por leis iguais. Isto pode ser descrito como “equilíbrio reflexivo”. O método de equilíbrio reflexivo foi descrito pela primeira vez por Nelson Goodman na obra “Fato, Ficção e Previsão” (1955). No entanto, foi John Rawls, quem elaborou esse método através da introdução do conceito de “justiça como equidade”. Em sua obra “Teoria da Justiça”, Rawls propôs um modelo de instituições justas para as sociedades democráticas. Para isso, ele se baseou em certas crenças pré-teóricas morais elementares (“juízos ponderados”), que ele acredita serem aceitas pela maioria das sociedades democráticas. “[Justiça enquanto equidade (...) tenta se desenhar exclusivamente em uma idéia intuitiva básica presente em instituições políticas de um regime democrático constitucional e nas tradições públicas de suas interpretações. Justiça enquanto equidade é, em parte, uma concepção política, porque ela começa a partir de certa tradição política”. Com base nesse entendimento preliminar de instituições justas em uma sociedade democrática, Rawls visa a um conjunto de regras universais que colaboraria para o acesso à justiça em instituições formais e informais. A concepção subsequente de justiça é chamada de “justiça enquanto equidade”. Quando combinamos a noção de justiça de Rawls com as noções de justiça distributiva do ganhador do Prêmio Nobel de Economia Amartya Sen, temos uma base jurisprudencial sólida para fazer justiça aos grupos vulneráveis, os quais, definitivamente, incluem transgêneros. Uma vez consolidado o fato de que os transgêneros também fazem parte dos grupos vulneráveis e marginalizados da sociedade, estamos apenas reconhecendo seus direitos em relação a outras classes marginalizadas. Essa é uma tentativa mínima de amenizar o insulto e prejuízo sofrido por eles, embora estejamos longe de garantir a realização de todos os seus direitos humanos. 128. Portanto, esses são os meus motivos para o tratamento dos transgêneros como “terceiro sexo”, para efeitos de proteção e aplicação adequada dos seus direitos garantidos na Constituição. Essas são as minhas razões baseadas em nossa Constituição para amparar as duas questões destas petições. 129. Nós, portanto, declaramos: (1) Que Hijras, Eunuchs, dentre outros, sejam tratados como “terceiro sexo”, com o objetivo de salvaguardar os seus direitos ao abrigo da Parte III da nossa Constituição e das leis elaboradas pelo Parlamento e Assembleia Legislativa. (2) Que

fica assegurado o direito das pessoas transexuais a decidir qual gênero gostariam de adotar e mantém-se a determinação de que o governo Central e os estaduais concedam as três opções de reconhecimento legal de identidade de gênero: masculino, feminino ou como terceiro gênero. (3) Que se determine que o governo Central e os estaduais adotem medidas para tratar os transgêneros, em termos sociais e de educação, como uma classe em desvantagem e que se estenda a eles todos os tipos de cotas para admissão em instituições de ensino e cargos públicos. (4) Que o governo Central e os estaduais devem operar unidades de vigilância epidemiológica do HIV/Aids, uma vez que a população transgênera enfrenta vários problemas de saúde sexual. (5) Que o governo Central e os estaduais devem agir com urgência na resolução dos problemas enfrentados pelos transgêneros, como medo, vergonha, disforia de gênero, pressão social, depressão, tendências suicidas, estigma social etc. e qualquer insistência na CRS para declarar que um gênero é imoral e ilegal. (6) Que o governo Central e os estaduais devem tomar medidas adequadas de atenção e cuidados médicos dirigidos aos transgêneros em hospitais, bem como proporcionar-lhes banheiros públicos separados e outras instalações. (7) Que o governo Central e os estaduais também devem tomar medidas para oferecer um novo padrão de bem-estar social para este grupo. (8) Que o governo Central e os estaduais devem tomar medidas para mudar a consciência pública atual e inserir os transgêneros como parte integrante da vida social, deixando de tratá-los como intocáveis. (9) Que o governo Central e os estaduais também devem tomar medidas para conceder o respeito e lugar deste grupo na sociedade, uma vez que eles estão definitivamente inseridos em nossa vida cultural e social. 130. Fomos informados de que um Comitê de Especialistas já foi constituído para fazer um estudo aprofundado dos problemas enfrentados pela comunidade transgênera e sugerir medidas que possam ser adotadas pelo governo para melhorar essa situação, além de apresentar um relatório com recomendações no prazo de três meses após a sua constituição. Essas recomendações serão examinadas com base na declaração legal feita neste julgamento e implementadas no prazo de seis meses. 131. A fundamentação legal da petição está, portanto, permitida, nos termos acima.