

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM
DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

MARIA RENATA DE BARROS MELLO

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA
COMARCA DE SANTOS

SANTOS/SP

2020

**MARIA RENATA DE BARROS
MELLO**

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA
COMARCA DE SANTOS**

Dissertação de Mestrado apresentada
à Universidade Santa Cecília como
parte dos requisitos para obtenção de
título de mestre no Programa de Pós-
graduação em Direito da Saúde:
Dimensões Individuais e Coletivas,
sob orientação da Dra. Amélia Cohn.

SANTOS/SP

2020

AUTORIZAÇÃO DE REPRODUÇÃO

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

FICHA CATALOGRÁFICA

344.04 Mello, Maria Renata de Barros
M479j A Judicialização do Direito à Saúde na Cidade de Santos

Orientador: Dra. Amélia Cohn
Coorientador: Dra. Rosa Maria
Ferreiro Pinto

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília,
Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos,
SP, 2020.

1. judicialização. 2. direito à saúde. 3. poder judiciário
4. gratuidade da justiça. 5. comarca de Santos.

I. Cohn, Amélia

II. Pinto, Rosa Maria Ferreiro

III. A Judicialização do Direito à Saúde na Cidade de Santos

Dedico este trabalho aos meus pais “in memoriam”, pois o que sou devo a eles e aos meus filhos que foram sacrificados me ajudaram bastante e tiveram paciência comigo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a disponibilidade, paciência, orientação e dedicação de minha orientadora Dra. Amélia Cohn e coorientadora Dra. Rosa Maria Ferreiro Pinto, que sempre me incentivaram, ajudaram e deram estímulos e o suporte necessário, para que esta dissertação fosse escrita.

Agradeço também ao Dr. Marcelo Lamy e a Dra. Silvia Teixeira Penteado, pois ambos durante o mestrado, muito me auxiliaram no que lhes foi possível.

Agradeço ao meu querido amigo Ivaldo Marques Batista, que tanto me incentivou para fazer e concluir o mestrado em Direito da Saúde.

Agradeço a minha amiga querida Kátia Feitoza Jardim a enorme ajuda na formatação desta dissertação.

Por fim, agradeço aos meus amados filhos, Raphael Pessoa de Mello e Roberta Pessoa de Mello e minha nora Gabriela Joaquim, pois me auxiliaram durante o trabalho de campo com a pesquisa feita junto ao distribuidor cível da cidade de Santos, no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO

Este trabalho estudou as tendências do Poder Judiciário relativo à judicialização do direito à saúde na cidade de Santos, por meio de pesquisa de processos judiciais cíveis distribuídos nos anos de 2012 a 2017 com seus desdobramentos. Judicialização do direito à saúde é o fenômeno atribuído a solução de controvérsias de variadas prestações de saúde pública e privada pelo Poder Judiciário. Trata-se de um estudo exploratório, descritivo, longitudinal, com uso de técnicas mistas de levantamento e análise dos dados coletados no distribuidor cível do Fórum de Santos, junto ao site do TJSP. Foram coletadas ao todo 1840 ações, sendo 1827 referentes a saúde privada, que representam 99% do total de processos judicializados, os quais, foram analisados por amostragem 182 processos, representando 10% destas ações privadas, e na saúde pública, foram analisados os 13 processos restantes (menos de 1%), sendo propostas em face do Município de Santos e do Estado de São Paulo perante o Poder Judiciário Estadual. Também foram selecionados três processos que foram estudados mediante o uso do Estudo de Caso, com o intuito de aprofundar o foco do problema estudado. Foram coletados os resultados, que indicaram principalmente, entre tantas outras coisas, que cresce ano a ano o número de processos distribuídos no judiciário santista envolvendo o tema e a pesquisa feita nesta comarca mostra que a judicialização da saúde vem se configurando como um fenômeno das elites.

Palavras Chaves: judicialização; direito à saúde; poder judiciário; gratuidade da justiça; Comarca de Santos.

ABSTRACT

This work studied the tendencies of the Judiciary Power regarding the judicialization of the right to health in the city of Santos, through research of civil lawsuits distributed in the years 2012 to 2017 with its consequences. Judicialization of the right to health is the phenomenon attributed to the dispute settlement of various public and private health services by the Judiciary. This is an exploratory, descriptive, longitudinal study, using mixed techniques of survey and analysis of data collected at the civil distributor of the Santos Forum, next to the TJSP website. A total of 1840 actions were collected, 1827 referring to private health, which represent 99% of the total of judicialized cases, which were analyzed by sampling 182 cases, representing 10% of these private actions, and in public health, the 13 were analyzed remaining lawsuits (less than 1%), being proposed before the Municipality of Santos and the State of São Paulo before the State Judiciary. Three processes were also selected, which were studied using the Case Study, in order to deepen the focus of the studied problem. The results were collected, which mainly indicated, among many other things, that the number of cases distributed in the Santos judiciary involving the theme grows year by year; and the research carried out in this region shows that the judicialization of health is becoming a phenomenon of the elites.

Keywords: judicialization; right to health; judicial power; gratuitousness of justice; county of Santos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS – Agência Nacional de Saúde

ANVISA – Agencia de Vigilância Sanitária

CAP- Caixa de Aposentadorias e Pensões

CAPEP – Caixa de Assistência ao Servidor Público

CEME – Central de Medicamentos

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CLT- Consolidação das Leis do Trabalho

DJE – Diario de Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

Funabem – Fundação Nacional do Bem Estar do Menor

HIV – Human Immuno Deficiency Vírus

IAP – Instituto de Aposentadorias e Pensões

IAPAS – Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social

IDAS – Índice de Desempenho da Atenção a Saúde

IDEF – Índice de Desempenho Econômico Financeiro

IDEO – Índice de Desempenho de Estrutura e Operação

IDSB – Índice de Desempenho da Satisfação dos Beneficiários

IDSS – Índice de Desempenho de a Saúde Suplementar

IMESC – Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

INSS – Instituto Nacional de Seguro Social

L.B.A. – Legião Brasileira de Assistência

LPS - Lei dos Planos de Saúde

LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social

LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PNAF – Política Nacional de Assistência Farmacêutica

PQSS – Programa de Qualificação de a Saúde Suplementar

RDC – Resolução da Diretoria Colegiada

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos

SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social

SIP – Sistema de Informações de Produtos

SUS – Sistema Único de Saúde

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TUNEP – Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	17
1.1 Seguridade Social no Brasil.....	17
1.2 A Seguridade Social na Constituição de 1988.....	20
1.3 A Constituição Federal de 1988 e a Saúde como Direito.....	22
1.4 Sobre o SUS na Constituição Federal.....	25
1.5 Saúde Suplementar.....	33
1.5.1 Os impactos da Regulamentação do Setor Saúde Suplementar.....	38
1.5.2 Os Tipos de Planos de Assistência à Saúde.....	39
1.6 Saúde e Judicialização.....	41
2. METODOLOGIA.....	46
3. RESULTADOS E DISCUSSÃO.....	50
3.1 Estudos de Casos.....	55
3.1.1 Caso 1.....	55
3.1.2 Caso 2.....	71
3.1.3 Caso 3.....	80
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS.....	98

INTRODUÇÃO

A saúde como um direito fundamental está prevista nas Cartas Constitucionais dos Estados democráticos e consolidada em diversos tratados internacionais, dentre eles o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC (BRASIL, 1966) que é considerado o principal deles. Os países signatários devem propiciar condições que assegurem à população assistência e serviços médicos, permitindo a promoção e prevenção da saúde.

Entretanto, a maioria dos países com sistema universal não garantem o direito à saúde em toda sua complexidade, restringindo-se à oferta de serviços médicos e hospitalares, a exemplo do Canadá, Noruega, Reino Unido, Nova Zelândia e África do Sul (DINIZ, 2009).

Contudo a Constituição de 1988, no art. 196, prevê expressamente: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*. (CF BRASIL, 1988).

A realidade social do Brasil no setor, entretanto, não reproduz fielmente a redação de seu texto constitucional. A demanda de tratamento medicamentoso específico, por exemplo, não tem resultado na garantia do acesso à saúde por parte do Estado, apesar da existência de uma organização político-administrativa do serviço público, da Política Nacional de Assistência Farmacêutica - PNAF e da Relação Nacional de Medicamentos – RENAME, dentre outros (LEITÃO et al., 2014).

Face à dificuldade do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional, o cidadão tem buscado uma nova forma de acesso à assistência à saúde através dos processos judiciais, fenômeno esse conhecido por “judicialização da saúde”. (LEITÃO et al., 2014).

O processo judicial, individual e coletivo, contra os Poderes Públicos, teve início na década de 90, com as reivindicações das pessoas vivendo com HIV/AIDS para medicamentos e procedimentos médicos. As reivindicações fundamentam-se no direito constitucional à saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, via Sistema Único de Saúde (SUS), sob a responsabilidade conjunta da União Federal, estados e municípios. (VENTURA

et al., 2010.)

Portanto, a judicialização da saúde é uma questão relativamente recente no Brasil, pois como visto acima, a interferência do Judiciário nesse sentido iniciou-se na década de 90, com os portadores do vírus HIV buscando através das demandas judiciais acesso rápido e eficiente aos seus medicamentos e um tratamento eficaz para a doença. Depois de resultados positivos, em que o Poder Judiciário se mostrou efetivo como meio de busca por melhor acesso no âmbito da saúde, as demandas judiciais aumentaram acentuadamente, e pode-se mesmo afirmar que superlotaram as decisões tomadas pelo Poder Judiciário (TORRES, 2008, p. 70).

Pela lógica do ordenamento constitucional e institucional do país, a busca do Judiciário deveria representar a última alternativa para obtenção de medicamento ou tratamento; entretanto, não é o que vem ocorrendo. A Justiça tornou-se uma das vias mais utilizadas para resolver problemas de acesso a medicamentos, tratamentos, próteses e vagas para internação no SUS e hospitais privados, muitas vezes sendo as ações judiciais orientadas por médicos ou hospitais que não conseguem resolver o problema do paciente ou do usuário de forma administrativa junto aos segmentos privados da saúde e ao SUS.

As demandas judiciais são dirigidas a três endereços: empresas de planos de saúde, hospitais e SUS. Nos casos analisados, as ações foram direcionadas aos planos de saúde e hospitais como réus, e destes como autores contra consumidores de seus produtos e serviços. As tutelas requeridas contra os planos privados de saúde não são inesperadas e têm sido interpretadas como estratégia de defesa de usuários contra a lógica mesquinha das empresas que os comercializam: os planos de saúde já contam com o crescente número de ações distribuídas por seus usuários.

Existem argumentos distintos para analisar as implicações da judicialização do direito à saúde no país: de um lado, anuncia-se a possibilidade de efetivação do direito, mas, por outro, há o risco de ser a judicialização uma interferência indevida do Judiciário nas políticas privadas e públicas de saúde, caso a decisão judicial não seja munida de informações suficientes para possibilitar ao magistrado uma correta avaliação quanto à viabilidade e adequação técnica e orçamentária do bem demandado. A dimensão que o processo de judicialização vem assumindo leva a que ele frequente os meios de comunicação. Segundo o Jornal “O Globo”:

Nos últimos anos, as razões do Poder Judiciário e as das instituições que administram o SUS sobre as garantias assistenciais foram expostas e debatidas. Os aspectos mais polêmicos dos processos judiciais eram as imposições ao SUS para pagar medicamentos muito caros, off-label, eficácia questionável para doenças crônicas como cânceres, hepatites, diabetes e tratamentos onerosos ou controvertidos para casos situados nas fronteiras dos problemas estéticos, reprodutivos e sexuais. Ambos os lados se mexeram um pouco: o Judiciário organizou fóruns judiciais com especialistas da saúde pública para orientar as decisões dos magistrados, e o Ministério da Saúde formulou e aprovou uma legislação que procura ordenar mais efetivamente a incorporação de tecnologias no SUS. Esse ponto de acomodação responde às controvérsias sobre o Poder Judiciário ser visto como uma porta de entrada inadequada para a disseminação de tecnologias não testadas devidamente ou cujas indicações específicas não tenham sido observadas por quem as prescreveu.

Contudo, a corrida aos juízes para solicitar uma vaga em UTI, marcar cirurgias ou para conseguir determinado medicamento básico não diminuiu. O drama cotidiano de todas as instituições envolvidas com a saúde pública e com parte da privada no Brasil é o de tentar evitar a morte de uma pessoa e prejudicar tantas outras que também aguardam por cuidados emergenciais. Para tentar proteger seus pacientes, os profissionais da saúde passaram a sugerir a busca da Justiça. Enquanto as vias administrativas são lentas e a burocracia da saúde costuma mostrar-se insensível às necessidades individuais imediatas, o atendimento nos plantões judiciais é célere. Ainda assim, as ações judiciais direcionadas à ponta dos serviços também não conseguem romper determinadas barreiras assistenciais estruturais. A garantia de ações essenciais à manutenção da vida requer suficiência e boa gestão de recursos físicos, humanos e financeiros que não estão disponíveis. A elevação da carga tributária não redundou no incremento de investimentos na saúde pública. O orçamento estimado para o SUS em 2013 restringe os gastos por habitante a R\$ 2,5 por dia. Pagar mais impostos e ter serviços públicos de má qualidade estabelece um circuito perverso que desqualifica os fundamentos de justiça e democracia.¹

A reportagem acima demonstra a preocupação, inclusive por parte do Judiciário, em proferir decisões urgentes, concedendo antecipação da tutela aos jurisdicionados, sem a análise específica a cada caso por especialistas da saúde, podendo tal interferência abrir portas ao uso de medicamentos em fase experimental, cuja eficácia não esteja suficientemente testada e comprovada, bem como onerar o ente público com o custo de um tratamento medicamentoso fora do orçamento do SUS, contemplando uma pessoa que se socorre do Judiciário em detrimento de

¹ Jornal O globo (2014) Acessado em 19/07/2017. Disponível em <http://oglobo.globo.com/opiniaio/ajudicializacao-da-saude-1334080#ixzz4nK13xCGN>

milhares que também dependem de intervenções e medicamentos, mas estão sujeitas a fila de espera.

Alguns estudos nacionais mostram que o principal bem judicializado nos tribunais são os medicamentos. A política de assistência farmacêutica apresenta uma série de desafios quanto à operacionalização, atualização das listas de medicamentos distribuídos pelo Sistema Único de Saúde, transparência de protocolos clínicos, ausência de instâncias recursais, celeridade nas decisões, articulação com outras esferas de fiscalização e registro. No fenômeno da judicialização, ocorre a transferência do poder decisório sobre os protocolos de assistência para juízes e tribunais, o que implica em “alterações significativas na linguagem, na argumentação e, especialmente, no modo de participação da sociedade” (BARROSO, 2009).

A judicialização decorre segundo Barroso (2009), de três principais causas: a primeira delas é a própria redemocratização do país, que recuperou as garantias da magistratura e alçou o Judiciário a um verdadeiro poder político. O exercício da democracia permitiu que um maior número de pessoas pudesse exercer a cidadania buscando o Judiciário para a proteção de seus direitos e interesses.

Os direitos de prestação positiva pelo Estado assegurados na Constituição da República são uma segunda causa da crescente judicialização, porque uma vez que um direito é disciplinado em uma norma constitucional, ele se transforma potencialmente em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Como exemplo: a Constituição garante a saúde como direito de todos. É possível judicializar a exigência desse direito levando ao Poder Judiciário o debate sobre ações concretas nas quais esse direito possa estar sendo ameaçado ou sobre as políticas públicas que objetivam dar-lhe materialidade.

A terceira e última causa para a judicialização, ainda segundo Barroso, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. O Brasil adota dois sistemas de controle de constitucionalidade, um incidental e difuso, e outro concentrado ou por ação direta. Isso significa que se pode questionar a constitucionalidade de qualquer lei perante qualquer juiz ou tribunal em um caso concreto ou por ação direta perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse último caso, apenas algumas entidades públicas e privadas, previstas no art. 103 da Constituição da República, têm tal prerrogativa de ação.

O Poder Judiciário, atualmente, cada vez mais, apresenta um papel de destaque entre os demais Poderes e, também, na vida cotidiana dos cidadãos. A concretização dos direitos fundamentais sociais está conexas à temática da judicialização do direito à saúde.

Assim, observa-se que a concretização do direito à saúde para a população brasileira aparece como conectada ao Poder Judiciário, pelo fato de que ele se torna um importante espaço de garantia e acesso ao direito à saúde, podendo determinar o fornecimento de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, internações, tratamentos médicos, vagas em UTI, entre outros, que são negados pelos planos de saúde da rede privada e não atendidos pelas Secretarias da Saúde dos Estados e Municípios, ou seja, pelo Poder Público Executivo.

Mas as consequências da judicialização da saúde são várias, sendo a de maior destaque a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, o que leva à crítica da violação do princípio da separação de Poderes, ocasionando desvio de finalidade do orçamento do estado e do município, o que muitas vezes traz a concretização do direito individual à saúde em detrimento real ou potencial da garantia efetiva do direito coletivo à saúde.

O próprio Poder Judiciário mostrou preocupação com o efeito de suas decisões em matéria de direito da saúde e políticas públicas de direito à saúde, quando convocou, em face dos inúmeros processos pertinentes à matéria no Supremo Tribunal Federal, a Audiência Pública da Saúde em 2009, que serviu para questionar o dever do Estado na criação de vagas em UTIs e em hospitais, no fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, especialmente nos casos em que um único tratamento implica montantes de recursos elevados, além de situações em que o tratamento necessário não está previsto nos protocolos do Sistema Único de Saúde.

E nesse contexto de busca crescente pelo Poder Judiciário para acesso à assistência em saúde é que este trabalho analisa o fenômeno da judicialização da saúde visando apurar o fenômeno jurídico por meio do qual se verifica a quantidade de casos sobre a mesma matéria que estão sendo conduzidos ao Poder Judiciário Estadual para que lá busquem e/ou encontrem uma resolução, tendo a comarca de Santos como unidade de análise. Não foram objeto de estudo e pesquisa as demandas promovidas junto ao Poder Judiciário Federal da comarca de Santos.

O objetivo desta pesquisa foi estudar as tendências do Poder Judiciário estadual relativo à judicialização do direito à saúde na cidade de Santos, considerando inclusive que não existem estudos dessa natureza para a cidade escolhida como unidade de análise.

Para atender a esse objetivo, utilizou-se uma pesquisa nos processos judiciais cíveis distribuídos entre os anos de 2012 a 2017 com seus desdobramentos (tipos de ações interpostas, se houveram pedidos liminares e se foram concedidas ou não, quantos tinham sentenças proferidas e quantos interpuseram recursos ao Tribunal de Justiça Estadual, entre outros dados analisados). Trata-se de um estudo exploratório, descritivo, longitudinal, com uso de técnicas mistas de levantamento e análise dos dados coletados no distribuidor cível do Fórum de Santos, a partir dos dados coletados junto ao site do TJSP.

Para aprofundamento desse estudo foram ainda selecionados três casos, que foram analisados a partir da metodologia “Estudo de Caso”: dois casos entre os 1827 processos envolvendo o segmento privado da saúde e um escolhido entre os 13 processos apurados envolvendo o segmento público da saúde.

1 DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

1.1 Seguridade Social no Brasil

No decorrer da história, não existe sociedade que não tenha desenvolvido alguma forma de sistema de proteção social, através de padrões de solidariedade social que percorreram, no tempo e espaço, os grupos sociais. Atentando ao conceito de Di Giovanni (1998), sistemas de proteção social são as formas institucionalizadas ou não que as sociedades constituem para proteger seus membros – seja parte ou o conjunto destes, dos riscos sociais ou vicissitudes da vida em sociedade. As formas e os modos de alocação de recursos variam de um grupo social para outro, segundo critérios históricos e culturais, e estão submetidos à dimensão de poder.

Contudo, até meados do século XIX, o sistema capitalista, já consolidado em sua fase industrial, não oferecia nenhum tipo de proteção social aos trabalhadores, tais como assistência médica, aposentadorias e pensões, além de os mesmos estarem submetidos a salários aviltados e a condições muito precárias de trabalho. As revoltas populares e as greves, apesar de duramente reprimidas, proliferavam e constituíam motivo de séria preocupação para os governantes dos países da Europa. (PACHECO FILHO, 2008, p. 67).

É nessa conjuntura social que a intervenção dos Estados se fez necessária para reduzir tais conflitos, mediante uma proteção social que integrasse os trabalhadores ao sistema produtivo (PACHECO FILHO, 2008).

A Seguridade Social, sob o enfoque mundial, teve origem nos modelos Bismarckiano (1883) e Beveridgiano (1942).

Na década de 80 do século XIX, na Alemanha, sob a inspiração do Chanceler Otto Von Bismark, foi criada a Lei dos Seguros Sociais, que instituía o Seguro-Doença (1883), o Seguro Contra Acidente de Trabalho (1884) e o Seguro Contra a Invalidez e a Velhice (1889). O custeio desse sistema securitário tinha sustentação nas contribuições de empregados e do Estado. (PACHECO FILHO, 2008, p. 67).

Sendo assim, o modelo Bismarckiano é visto como um sistema de seguros sociais, no qual os benefícios cobrem principalmente os trabalhadores, mediante uma contribuição direta, feita anteriormente pelos empregados e os

empregadores, e sendo proporcional ao valor desta o benefício recebido. Estes são geridos pelo Estado com participação dos contribuintes (BOSCHETTI, 2009). Essa iniciativa, tomada frente às greves e pressões dos trabalhadores, marca o reconhecimento público de que a incapacidade para trabalhar devia-se a contingências que deviam ser protegidas (BEHRING, BOSCHETTI, 2009). Bismark argumentava que:

“[...] por mais caro que pareça o seguro social, resulta menos gravoso que os riscos de uma revolução” (PEREIRA JUNIOR *apud* PACHECO FILHO, 2008, p. 67)

Já o modelo Beveridgiano teve sua formulação na década de 40 do século XX, com a Segunda Guerra Mundial como cenário político e econômico. O governo inglês elaborou o Plano Beveridge – por uma comissão presidida por Sir William Beveridge, um economista liberal – que denotou críticas ao modelo bismarckiano vigente e propôs a instituição do Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), cujas premissas definem a responsabilidade estatal na manutenção das condições de vida dos cidadãos, por meio da regulação da economia de mercado, a fim de manter elevado nível de emprego e de prestação pública de serviços sociais universais, como educação, seguridade social, assistência médica e habitação, tendo como princípios fundamentais a unificação institucional e a uniformização dos benefícios (BOSCHETTI, 2009; PACHECO FILHO, 2008).

Aqui, faz-se necessário distinguir os dois modelos para compreender as políticas sociais que surgiriam a partir destes. Enquanto o Seguro Social é guiado pelos riscos sociais provenientes do esforço produtivo que acometem os trabalhadores e tem uma lógica contributiva, a seguridade social tem como objeto o cidadão, trabalhador ou não, portador de uma necessidade social e prevê benefícios sem contrapartida contributiva. Entretanto, eles não são opostos, pois o modelo beveridgiano incorporou o seguro social como um dos elementos da seguridade social, ampliando a proteção social e, por conseguinte, as políticas existentes e que constituem os sistemas de seguridade social em diversos países ao apresentarem características dos dois modelos, com maior ou menor prevalência (BOSCHETTI, 2009; NOGUEIRA, 2012; PACHECO FILHO, 2008),

No Brasil, a seguridade social evoluiu de forma semelhante aos demais países do mundo – inicialmente ocorreu de forma privada e voluntária, passando para a

formação dos primeiros planos mutualistas, e depois para a intervenção cada vez maior do Estado. O marco normativo da proteção social brasileira foi a implementação da Lei Eloy Chaves, de 1923, que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), que se constituíram nas primeiras instituições previdenciárias do país (PACHECO FILHO, 2008). O conceito que orientou a política previdenciária brasileira, organizada sob inspiração do modelo alemão bismarckiano, foi o de seguro social. A proteção social passou a contar com uma instituição organizada em cada empresa que oferecia pensão e aposentadoria, além de assistência médica e auxílio farmacêutico.

Na década de 30, o Estado brasileiro substituiu as CAPs por Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), que funcionavam com um sistema de custeio de contribuições paritárias dos empregados, empregadores e do Estado. Elas eram organizadas por categoria profissional, cada uma delas com normas próprias até 1960, quando a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) unificou a legislação securitária. Entretanto, apenas em 1966, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), efetivou-se a unificação dos vários IAPs, e consequentemente o orçamento previdenciário e de prestação de benefícios e serviços numa única gestão do sistema previdenciário (PACHECO FILHO, 2008).

A Lei nº 6.439/1977 instituiu o SINPAS - Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, com o objetivo de integrar as atividades de previdência social, saúde e assistência social e a gestão administrativa, financeira e patrimonial das várias entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social: Instituto Nacional de Previdência Social - INPS; Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS; Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS (vinculado ao Ministério da Saúde em 1990, e extinto em 1993); Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social - DATAPREV; Legião Brasileira de Assistência - LBA; Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - FUNABEM; Central de Medicamentos - CEME (NOGUEIRA, 2012, p. 54)

Com a Constituição de 1988 houve uma reestruturação completa da previdência social, saúde e assistência social, unificando-as sob a concepção de "seguridade social" (BRASIL, 1988). A Lei nº 8.080, de 19/09/1990, tratou da criação do SUS – Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990). E a Lei nº 8.742, de 07/12/1993, que tratou da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS (BRASIL, 1993).

1.2 A Seguridade Social na Constituição de 1988

A Seguridade Social, segundo o texto constitucional, “é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Pode-se definir a Seguridade Social, segundo Martins (2016), como: “[...] um direito social garantido no art. 6º da Carta Magna de 1988. A competência para legislar sobre a seguridade social é privativa da União, conforme preceitua o art. 22, XXIII, da Constituição de 1988” (MARTINS, 2016, p.22)

A Constituição de 1988 representa para o Brasil um movimento de reorganização das políticas de previdência social, saúde e assistência social já existente, sob novas bases e princípios, com ampliação destes, mas também introdução de novos direitos, sendo este movimento a maior modificação no sistema de proteção social brasileiro desde a Lei Eloy Chaves (1923) (BOSCHETTI, 2003). Exemplo disto é a criação, em 1990, do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, estruturado pelo Decreto 3.081/99 (revogado) estando atualmente em vigor o Decreto 9.746/2019, por meio da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS, com o Instituto Nacional da Previdência Social – INPS, que tem por finalidade:

- I - promover a arrecadação, a fiscalização e a cobrança das contribuições sociais incidentes sobre as folhas de salários e demais receitas a elas vinculadas, na forma da legislação em vigor;
 - II - gerir os recursos do Fundo da Previdência e Assistência Social (FPAS);
 - III - conceder e manter os benefícios e serviços previdenciários.
- (ANDRADE, 2018, p. 23).

Os princípios decretados no art. 194 do Capítulo II, da Seguridade Social, do Título VIII, da Ordem Social, que orientam a seguridade social no Brasil, são:

A universalidade da cobertura, que não significa que serão assegurados direitos iguais para todos. Na verdade, indica que a saúde é direito de todos, que a assistência é devida a quem necessitar e, nos casos do salário mínimo para idoso e deficiente, a necessidade deve estar associada à incapacidade para trabalhar; e a previdência é um direito derivado de uma contribuição anterior, ou seja, mantém a lógica do seguro, mas a desvincula de um emprego com carteira de trabalho. A partir da Constituição, qualquer pessoa, mesmo que não esteja exercendo uma atividade remunerada pode contribuir para a

previdência como autônomo, o que rompe com o conceito de cidadania regulada.

O princípio da uniformidade e da equivalência dos benefícios garante a unificação dos regimes urbanos e rurais no âmbito do regime geral da previdência; mediante contribuição, os trabalhadores rurais passam a ter direito aos mesmos benefícios dos trabalhadores urbanos. Este princípio, entretanto, não se aplica para tornar equivalentes os benefícios dos trabalhadores do setor público e do setor privado. Permanece uma forte diferenciação entre estas categorias, não resolvida pela Constituição.

A seletividade e a distributividade na prestação de benefícios e serviços apontam a opção da seguridade social brasileira pela “discriminação positiva” ou, pelas “ações afirmativas”. Este princípio não abrange apenas os direitos assistenciais, ele abre também a possibilidade de tornar seletivos tanto os benefícios da previdência quanto os da saúde.

A irredutibilidade do valor dos benefícios indica que nenhum benefício pode ser inferior ao salário mínimo, e estes deverão ser reajustados de forma a não serem corroídos pela inflação.

A diversidade das bases de financiamento tem duas implicações. Primeiro, as contribuições dos empregadores não devem ser mais baseadas somente sobre a folha de salários. Elas devem incidir sobre o faturamento e o lucro, de forma a tornar o financiamento da seguridade social mais redistributivo e progressivo, o que compensaria a diminuição das contribuições patronais ocasionadas pela introdução da tecnologia e consequente redução da mão de obra. Em seguida, esta diversificação obriga o governo federal, os Estados e os municípios a destinarem recursos fiscais ao orçamento da seguridade social.

Finalmente, o caráter democrático e descentralizado da administração, *“mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”* (artigo 194, inciso VII), assegura que aqueles que financiam e usufruem dos direitos (os cidadãos) devem participar das tomadas de decisão. Isto não significa, por outro lado, que os trabalhadores e empregadores devem administrar as instituições responsáveis pela seguridade social. Tal responsabilidade continua sob a égide do Estado (BOSCHETTI, 2003, p. 72-3).

Dentre os novos aspectos relativos ao modelo de seguridade social construído pelo texto da Constituição de 1988, vale destacar que:

a) A previdência social foi mantida como modalidade de seguro social de natureza contributiva. Porém, a saúde e a assistência social foram desvinculadas da lógica de seguro social, se tornando direitos de acesso universal, vinculados à cidadania, e não mais ao mercado de trabalho formal;

b) Foram criados mecanismos públicos de controle sobre a seguridade social, tais como a criação de um orçamento próprio desta e a instituição dos

conselhos gestores tripartites de acompanhamento da administração das políticas públicas;

c) O Orçamento Geral da União, a ser discutido e aprovado por meio da lei orçamentária anual, passou a abranger três setores: fiscal, investimento das empresas estatais e a seguridade social. Anteriormente, o orçamento da previdência social era aprovado no âmbito exclusivo do Poder Executivo, não integrando o orçamento do Governo Federal, o que resultava em falta de publicidade e transparência nas contas da previdência, maior facilidade para manipulação de seus recursos e impossibilidade de controle público das suas receitas e despesas (NOGUEIRA, 2012).

Quando os constituintes redigiram no texto constitucional o capítulo da Seguridade Social (artigos 194 a 204) dentro das disposições da Ordem Social, propunham “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (BRASIL, 1998, art. 194).

1.3 A Constituição Federal de 1988 e a saúde como direito

Uma Constituição corresponde a um conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado, visando declarar e garantir os direitos fundamentais. Com a declaração da Carta Magna de 1988, consagrou-se, pela primeira vez na história brasileira, em seus artigos 6º e 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (SLAIBI, 2010). O direito à saúde, antes entendido como obrigação moral, passa a ser transformado em obrigação legal (BOBBIO *apud* BRITO-SILVA, BEZERRA, TANAKA, 2012, p. 250).

[...] a garantia do direito à saúde, expressamente referida no artigo 196 da Constituição, inscreve-se exata e precisamente no rol daquele conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos voltadas para a realização da nova ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça sociais [...] está o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando à construção da nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça social, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas. A partir do momento em que se consolida o modelo do Estado de Bem Estar Social, o direito assume o papel de desenvolver

transformações sociais, veiculando inclusive prestações públicas (TOJAL *apud* MORAES, 2000, p. 78).

Tendo em vista a noção de direito como um conjunto de normas que norteiam o comportamento dos homens em sociedade, a saúde como direito contempla tanto aspectos individuais, privilegiando a liberdade individual (direitos indispensáveis à pessoa humana, que deve ser resguardado), quanto sociais, privilegiando a coletividade. Portanto, as determinações jurídicas a respeito de fechamento de estabelecimentos que ofereçam risco ao consumidor e fiscalização da ingestão de álcool ao volante são limitações ao direito individual em favor do coletivo.

Entretanto, a concorrência entre os direitos é um dos entraves na sua garantia; de acordo com Bobbio (1992), o reconhecimento do direito de alguns é o consequente suprimento do direito de outros. Em outras palavras, a vida em sociedade impõe a limitação dos direitos individuais em favor dos coletivos. Por conseguinte, o direito à saúde, classificado entre os direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos, se comparado aos direitos civis e políticos. O reconhecimento da saúde como um direito universal e integral esbarra no estágio de desenvolvimento sempre insuficiente do Estado para sua garantia se os protocolos de atenção e assistência à saúde forem sempre abertos e imprecisos (BOBBIO *apud* BRITO-SILVA, BEZERRA, TANAKA, 2012, p. 250).

Constitucionalmente falando, os direitos de primeira geração, são os compreendidos pelos direitos políticos e individuais, os de segunda geração são os direitos sociais e os de terceira geração, são aqueles relativos ao desenvolvimento e ao meio-ambiente.

Para Alexandre de Moraes (2011, p.38) a classificação dos direitos fundamentais relativamente aos direitos humanos inseridos no artigo 6º, que define os direitos sociais, se refere como direitos de segunda geração ou dimensão, dentre os quais a saúde.

Também para Figueiredo (2006, p.28) a saúde goza de *status* de direito fundamental, sendo consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil como direito social de segunda geração.

Segundo Barroso (2007), nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos para ele constitui um exemplo

emblemático. Isso em razão do fato de as normas constitucionais deixarem de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais.

Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneçam gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses procuram realizar a promessa constitucional de prestação universalizada dos serviços de saúde. Defende, também, que o sistema público de saúde sofre penosamente com o excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos (BARROSO, 2007, p.3).

Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade – bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas². Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos [...] (BARROSO, 2007, p. 3).

Na análise que realiza acerca do fato, Barroso (2007) refere que os excessos e inconsistências normativas põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Está o autor nesta afirmação referindo-se à questão da judicialização da saúde, que contempla com decisões apartadas o direito à saúde no âmbito individual em detrimento do coletivo.

² Pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) são beneficiados com 29 Práticas Integrativas e Complementares (PICS). Os tratamentos utilizam recursos terapêuticos, baseados em conhecimentos tradicionais, voltados para prevenir diversas doenças, como depressão e hipertensão. São elas: apiterapia, aromaterapia, bioenergética, constelação familiar, cromoterapia, geoterapia, hipnoterapia, imposição de mãos, ozonioterapia e terapia de florais, ayurveda, homeopatia, medicina tradicional chinesa, medicina antroposófica, plantas medicinais/fitoterapia, arteterapia, biodança, dança circular, meditação, musicoterapia, naturopatia, osteopatia, quiropraxia, reflexoterapia, reiki, shantala, terapia comunitária integrativa, termalismo social/crenoterapia e yoga. Fonte: www.saude.gov.br ›

Afirma ainda que o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Pondera que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal, na medida em que “em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo” (BARROSO, 2007, p.4).

1.4 Sobre o SUS na Constituição Federal

O Brasil é o único país do mundo que garante para mais de 200 milhões de habitantes um sistema de saúde público e universal, através do SUS (SUS, 2015).

As primeiras discussões a respeito da municipalização e de um sistema de saúde universal começaram na III Conferência Nacional de Saúde, em 1963, onde foi debatida e levantada a bandeira de um sistema público de saúde para todos e organizado descentralizadamente (com protagonismo do município).

A mobilização evoluiu e culminou com a VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, que aprovou a proposta da Reforma Sanitária, que, posteriormente, teve grande parte absorvida na Seguridade Social da Constituição Federal de 1988 (CARVALHO, 2013).

Como exposto anteriormente, a Constituição de 1988 tratou da saúde como componente da seguridade social. O direito à saúde está fundamentado no artigo 6º e 196º da Constituição Federal do Brasil e normatizado pela Lei n.8080 de 19 de setembro de 1990 (SUS). A execução das ações de saúde, podem ser realizadas diretamente pelo Estado ou, de forma complementar – por terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado, de caráter filantrópico ou lucrativo – conforme preconiza o art. 199 da Constituição.

O art. 197 da CF de 1988 estabelece que a prestação do atendimento a saúde pode ser realizada pela iniciativa privada, através da contratação direta de planos e seguros de saúde, profissionais, prestadores de serviços e fornecedores.

O art. 198 da Lei Maior dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), que é:

Um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações públicas, e instituições privadas de forma complementar, com as seguintes diretrizes:

- I-descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II-atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III-participação da comunidade. (BRASIL, CF/1988)

A Lei nº 8.080/90 é a principal norma que trata da saúde, mas existem outras.

O art. 2º da Lei nº 8.212/91 dispõe que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único. As atividades de saúde são de relevância pública e sua organização obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

- a) acesso universal e igualitário;
- b) provimento das ações e serviços através de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único;
- c) descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- d) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas;
- e) participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde;
- f) participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais. (BRASIL, 1991)

A saúde pública é dever do Estado, logo, a prestação do serviço é gratuita, independentemente de ser o paciente contribuinte ou não da seguridade social. O sistema de saúde será financiado pelo orçamento da seguridade social, além de outras fontes (art. 198, § 1º da Constituição).

As Leis Orgânicas de Saúde são leis que regulamentam o Sistema Único de Saúde (SUS). São elas as leis 8.080/90, referida acima e 8.142/90. Por meio da primeira lei, as ações de saúde passaram a ser regulamentadas em todo território nacional.

A participação da iniciativa privada no SUS é autorizada em caráter complementar com prioridade das entidades filantrópicas sobre as privadas lucrativas. E até 2015 era vedada a participação do capital estrangeiro no setor de saúde, situação que mudou com o decreto da Lei nº 13.097/2015. A segunda lei dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (BRASIL, 1990).

A descentralização político administrativa da organização estatal do país é reforçada com a descentralização do SUS, com a redistribuição dos recursos e responsabilidades dos serviços e ações de saúde entre a União, os Estados e os Municípios – principalmente para o último, que ganhou autonomia e atribuições para gerir e executar as políticas sociais concebidas pelo governo central (CARVALHO, 2013; FLEURY, OUVREY, 2012).

O SUS tem como princípios norteadores:

- Universalidade – A saúde entendida como um direito de todos e um dever do Estado. O Sistema Único de Saúde (SUS) implica entender a saúde como um direito de cidadania, que equivale ao direito à própria vida. No contexto do SUS, as ações e serviços de saúde constituem um direito social que deve ser assegurado pelo Estado e de responsabilidade das três esferas autônomas de governo (federal, estadual e municipal), conforme o pacto federativo brasileiro.

O SUS segue uma mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos, em todo o território nacional. Não se trata, portanto, de uma prestação de serviço ou de uma instituição, mas de um “sistema” estruturado em nível nacional, composto por unidades, serviços e ações que interagem, objetivando um fim comum, baseado nos seguintes princípios e, de acordo com (SOUZA; COSTA, 2010; AITH et al., 2014; VIANNA; TAVARES; ACIOLI, 2014):

- Integralidade – As ações de saúde combinadas e voltadas para a promoção, prevenção e recuperação da saúde de cada cidadão: o SUS tem obrigação de oferecer atenção integral à saúde, de forma individual e/ou coletiva, em todos os níveis de complexidade. A integração das ações remete à continuidade do atendimento e ao cuidado dos usuários em seus diversos níveis, o que deve ser regulado pelas unidades prestadoras de serviço. (SOUZA; COSTA, 2010, p.512).

- Equidade – O SUS deve disponibilizar recursos e serviços com justiça, de acordo com as necessidades de cada um, tratando diferentemente os diferentes para atingir a igualdade e a satisfação das necessidades de saúde.

- Participação social – A Constituição Brasileira garante a participação dos usuários, profissionais de saúde, gestores e prestadores de serviços no processo de formulação das políticas de saúde, assim como no controle de sua execução, que é exercido por meio dos conselhos e das conferências de Saúde, obrigatórios nas três esferas de governo.

“A organização do sistema de saúde deve ainda seguir alguns preceitos ou diretrizes” (CARVALHO, 2013).

- Regionalização – A rede de serviços do SUS deve ser planejada e organizada no contexto de uma área delimitada, de modo a permitir o conhecimento dos problemas locais e a identificação das prioridades de intervenção e de ações que resolvam seus problemas de saúde, sejam individuais ou coletivos, otimizando os recursos disponíveis. A regionalização é um pressuposto que orienta a descentralização das ações e serviços de saúde entre os gestores, além da identificação e construção das “regiões de saúde”.

- Hierarquização – O acesso da população à rede do SUS deve se dar por meio dos serviços de atenção básica, que precisam estar qualificados para o atendimento e a resolução dos principais problemas dos usuários. Os problemas que não puderem ser solucionados na atenção básica devem ser referenciados para os serviços de maior complexidade, também conhecidos como atenção especializada. Esses serviços devem se articular entre si e criar condições para haver complementaridade de ações, segundo as necessidades da atenção básica, ordenadora e coordenadora da rede de atenção, aumentando a resolutividade e contribuindo para a Integralidade.

Para isso, é necessário planejamento da região de saúde, que materialize a rede de atenção, suas prioridades, seus pactos de cuidado incluindo seus fluxos e instrumentos, seus mecanismos reguladores, seus sistemas logísticos e de apoio, sendo essa uma das atribuições das CIR – Comissão Inter gestores Regionais.

- Resolutividade – Cada serviço deve ser responsável por resolver os problemas de saúde que lhes são apresentados pelos usuários ou pela comunidade, de acordo com sua estrutura e capacidade tecnológica, acolhendo os usuários de saúde na referência e na contrarreferência, em outras palavras, é a capacidade do sistema em resolver situações relacionadas a saúde dos usuários, atendendo-os de forma adequada em todos os níveis de atenção.

- Descentralização – Compreendendo que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é distribuída entre as esferas de governo, considera-se que a chance de acerto de uma decisão será maior se ela for tomada por quem está próximo do fato que a mobiliza. A principal estratégia de descentralização adotada pelo SUS foi a municipalização da Saúde, materializada pelo Comando Único sobre o Sistema de Saúde, que reforça o poder municipal sobre a gestão da Saúde.

• Complementaridade do Setor Privado – O planejamento do sistema de saúde deve ser prioridade para o gestor da saúde. A contratação de serviços privados deve se dar somente para serviços ou ações que não existam ou cuja oferta seja insuficiente no setor público, e ser feita por meio de contratos, conforme as normas de direito público, com prioridade para o setor filantrópico.

A instituição privada deve atuar de acordo com as normas técnicas do SUS, integrando-se pelo planejamento à rede regionalizada e hierarquizada.

A partir da lei **8.080/90**, observamos também, nos artigos 5º e 6º, que são atribuições do SUS:

- I - identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
 - II - formulação de política de saúde destinada a promover, nos campo econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
 - III - 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.
 - [...]
 - I - execução de ações:
 - a) de vigilância sanitária;
 - b) de vigilância epidemiológica;
 - c) de saúde do trabalhador;
 - d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
 - II - participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;
 - III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;
 - IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;
 - V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;
 - VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;
 - VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;
 - VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;
 - IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
 - X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;
 - XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.
- (BRASIL, 1990)

A Lei nº 8.080/90 veio responder à constituição da saúde como um direito conquistado na redemocratização do país, com a reformulação do sistema de saúde

pública oferecido pelo Estado, dando início à construção de um novo modelo de serviços de saúde prestados à população.

Os serviços de saúde, até a constituição do SUS, estavam voltados basicamente à demanda dos trabalhadores do setor privado da economia, porque atendiam os previdenciários e seus dependentes e, portanto, os contribuintes para o sistema de previdência social, e a partir de então enfrentam um público mais abrangente, toda a sociedade brasileira, o que pressiona a infraestrutura então existente.

A saúde é fundamental para que se consiga a realização do objetivo de atingir o mais completo bem estar físico, mental e social, não consistindo somente na ausência de doença ou enfermidade, o que pressupõe, inclusive, o acesso ao atendimento médico, quando necessário, e acesso a medicamentos prescritos, além de todos os demais requisitos de diagnóstico e terapêutico (NORONHA, PEREIRA, 2013).

Sintetizando:

A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Esta Lei regula em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

O SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público. A iniciativa privada participa do Sistema Único de Saúde em caráter complementar.

A Lei 8.080/90 trata:

- a) da organização, da direção e da gestão do SUS;
- b) das competências e atribuições das três esferas de governo;
- c) do funcionamento e da participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde;
- d) da política de recursos humanos;
- e) dos recursos financeiros, da gestão financeira, do planejamento e do orçamento.

Todos os cidadãos têm direito à prestação dos serviços de saúde – da atenção básica até os níveis mais especializados, fornecidos pelo Estado. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Entretanto, o dever do Estado não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade de atentarem para as normas sanitárias.

A saúde tem como fatores determinantes a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (BUSS; PELLEGRINI FILHO, 2007).

Os campos de atuação do SUS, ainda, são: a execução de ações de vigilância sanitária, epidemiológica, farmacêutica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral; a organização de políticas e ações de saneamento básico; sangue e hemoderivados; recursos humanos na saúde; vigilância nutricional; proteção ao meio ambiente; de medicamentos e insumos de interesse; de fiscalização (alimentos, produtos, transporte, guarda); desenvolvimento científico e tecnológico.

Os princípios doutrinários que conferem legitimidade ao SUS são: princípios da universalidade de acesso; integralidade de assistência; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde; direito à informação, divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades; participação da comunidade; descentralização político-administrativa; integração das ações da saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; capacidade de resolução dos serviços de assistência; e organização para evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Apesar da cronicidade do financiamento insuficiente, o SUS representou o resgate da dívida social brasileira, garantindo inclusão social de forma universal e participativa. É a expressão responsável da democracia brasileira quando estabelece

mecanismos de relação entre entes federados e com a comunidade (MIRANDA, MENDES, SILVA, 2017).

Examinando-se a estrutura constitucional brasileira para garantia da saúde como direito de todos, conclui-se que a promoção dessa responsabilidade é facilitada pela enumeração das competências municipais em matéria de saúde.

Dallari (1991) afirma que:

No caso do Brasil, a competência para legislar sobre "proteção e defesa da saúde" é concorrente, da União, dos Estados e do Distrito Federal (Constituição Federal, art. 24, XII) e dos Municípios (Constituição Federal, art. 30, II). Isso significa que cabe à União apenas o estabelecimento de normas gerais sobre o assunto (art. 24, §1º) (*ibid*, 1991, p. 403).

Continuando, a autora afirma que os estados têm competência para suplementar a legislação da União que se limita a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º e 2º), e que esse parece ser o principal papel dos estados na estrutura constitucional da saúde no Brasil, cabendo aos municípios, segundo o texto constitucional, a República Federativa do Brasil (art.1º), legislar sobre todos os assuntos de interesse local (art. 30, I). (DALLARI, 1991).

Ainda em Dallari (1991):

Para fazer da saúde um direito social de todos, cuidando, protegendo, defendendo e atendendo-a, a Constituição reconheceu a relevância pública das ações e serviços de saúde (art. 197), definindo um sistema único (art. 198) cujas atribuições enumeradas são:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e água para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (art. 200) (DALLARI, 1991, p. 404).

Portanto, assim como à União, também cabe aos estados e municípios brasileiros o dever de prover, assegurar, legislar e atender a população, prestando assistência na proteção e defesa da saúde. Em que pese o desafio de o Estado ser o responsável por prover a atenção à saúde para todos os cidadãos brasileiros, e o SUS contar com apenas 32 anos de existência registre-se aqui que pouquíssimos são os processos na cidade de Santos, envolvendo o setor público da saúde (SUS) promovidos contra o município ou estado.

1.5 Saúde Suplementar

O sistema suplementar de saúde é uma operação inteiramente privada a qual o cidadão se associa para constituir fundos financeiros para prover sua própria assistência à saúde, por meio de um processo de mutualismo, na forma do regramento estabelecido pela Lei nº 9.656/98 (ROCHA, 2015).

A saúde suplementar passou a conviver com o sistema público, consolidado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), nascido a partir da Constituição Federal de 1988. Com o SUS, a saúde foi legitimada como sendo um direito da cidadania, assumindo status de bem público (BRASIL. Agência Nacional de Saúde suplementar, 2002).

Todavia, o SUS depara-se com uma tradição privatista dos serviços básicos por parte das elites econômicas e os segmentos médios de renda da população brasileira, que acentuada por pretensa ou real insatisfação diante do atendimento do SUS, devido ao aumento da demanda, estimulou as pessoas com poder aquisitivo a buscarem formas alternativas de atendimento, o que ocasionou um aumento pela procura aos planos de saúde. Figueiredo (2006, p. 109) argumenta que “despertaram (os empresários da área da saúde) para a formação de um mercado lucrativo, iniciando uma série de investimentos crescentes na área, contribuindo para a proliferação das diversas formas de saúde suplementar”.

Segundo a ANS (BRASIL/ANS, 2010) havia, no fim de 2009, 45,7 milhões de pessoas vinculadas aos planos de assistência médica (24,1% da população brasileira) que pagaram nesse ano mais que R\$ 65 bilhões às operadoras pelos serviços que receberam o que equivale a, aproximadamente, 2% do PIB brasileiro daquele ano, de acordo com dados divulgados pelo IBGE (IBGE, 2010). Esses números, os mais

recentes disponíveis de forma sistemática relativos ao início do período aqui pesquisado (2012) dos processos judiciais cíveis junto à Comarca de Santos, mostram não apenas a importância do setor da saúde suplementar no contexto da saúde pública no Brasil, mas também a dimensão dos transtornos causados a beneficiários e prestadores por quaisquer problemas que possam ocorrer nesse setor (SANCOVSCHI; MACEDO; SILVA, 2014, p. 119).

A saúde suplementar é constituída pelas operadoras de planos de assistência à saúde, pelos beneficiários, pessoas físicas ou jurídicas usuárias dos serviços de assistência à saúde do setor, e os prestadores de serviços médicos, hospitalares, ambulatoriais, laboratoriais e similares, pessoas físicas ou jurídicas conveniadas àquelas mediante contrato, que efetuam as ações de assistência à saúde aos beneficiários. (*ibid*, 2014).

A Lei nº 9.961/00 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) como uma autarquia vinculada ao Ministério da Saúde e atuação em todo o território nacional, enquanto órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades da assistência suplementar à saúde. A regulamentação da matéria pela ANS se dá por meio de resoluções, instruções e súmulas normativas, e por resoluções operacionais.

A ANS tem como algumas atribuições “instituir o regime de direção fiscal ou técnica” ou “proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde”, sendo que esses três regimes são considerados no âmbito da saúde suplementar como “regimes especiais de gestão” (SANCOVSCHI; MACEDO; SILVA, 2014, p. 119).

É, também, a responsável pelo setor de planos e seguros de saúde no Brasil. Sua missão institucional consiste em promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país (BRASIL, 2020). Assim Gamarra (2017) resume a missão da ANS:

De maneira geral, as agências reguladoras possuem algumas funções básicas. No caso específico da ANS, estas funções podem ser resumidas em: garantir o cumprimento dos contratos entre operadoras e beneficiários, isto é, evitar que haja qualquer tipo de interferência

política ou de qualquer outra natureza que afete ou impossibilite que o contrato seja cumprido, garantir a prestação regular do serviço com baixa interferência em sua prestação, e tornar-se incentivadora da qualidade do serviço prestado. (GAMARRA, 2017, p. 714).

Para Gregori (2007), a criação da ANS foi importante para o mercado de saúde suplementar, pois regulamentou o setor submetendo a atividade de assistência à saúde privada aos princípios constitucionais, normatizando e fiscalizando o seu exercício de modo a permitir que a competição se desse de forma saudável e em benefício de toda a sociedade.

A autora ainda ressalta que quando a ANS foi criada o setor a ser regulado não era um mercado a ser aberto à iniciativa privada. Tratava-se de um mercado já instalado, em plena atividade, extremamente complexo, em um setor essencial, que é a saúde e que nunca havia sido objeto de regulação por parte do Estado, exceto em relação aos assegurados que tinham o aspecto econômico-financeiro dos seus contratos regulado pela SUSEP (GREGORI, 2007, p. 68)

Criada a partir de setor específico do Ministério da Saúde, coube à ANS cumprir a Lei nº 9.656, editada em 03 de junho de 1998, um dos principais marcos regulatórios do setor de saúde suplementar. Essa Lei regulamenta os planos privados de assistência à saúde no Brasil, trazendo avanços na garantia do atendimento aos beneficiários de planos de saúde (BAHIA *et al*, 2016; PIETROBON, PRADO, CAETANO, 2008).

Esta Lei possibilitou mudanças estruturais profundas no setor, que se refletiram diretamente na ampliação da assistência à saúde. Antes da regulamentação do setor, havia a livre definição da cobertura assistencial, dos reajustes e de períodos de carências, contratos pouco claros para o consumidor e situações que possibilitavam até mesmo a exclusão de beneficiários de forma unilateral.

A partir da Lei nº 9.656/98, foram definidos os períodos de carência, os reajustes passaram a ter critérios de controle, além da proibição dos limites quanto à internação dos beneficiários, da rescisão unilateral dos contratos e da possibilidade de seleção dos beneficiários quanto ao risco, garantindo acesso amplo aos planos de saúde (BRASIL, 2002).

Ambas leis consolidaram avanços para a constante evolução dos serviços prestados pela saúde suplementar; entretanto, ainda permanecem desafios da

regulamentação de um setor tão importante e complexo para a vida dos brasileiros. (PIETROBON, PRADO, CAETANO, GAMARA, 2017).

Conforme preconiza Scheffer, Trettel e Kozan (2017) o plano de saúde, nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde), é uma prestação de serviço continuada ou a cobertura de custos assistenciais, sem prazo determinado, cujo objetivo é garantir a assistência à saúde do contratante sem limitação financeira, incluindo ou não dependentes. Tal assistência à saúde pode abranger assistências médicas, hospitalares e odontológicas, combinadas ou não, podendo-se permitir a livre escolha do prestador de serviço e/ou oferecer acesso a uma rede credenciada ou referenciada. (SCHEFFER *et al*, 2017).

Segundo dados do Ministério da Saúde (BRASIL, 2002) o artigo 1.º da Lei 9.656/98 que na versão inicial fazia referência a seguros e seguradoras foram suprimidas em toda a lei. Plano Privado de Assistência à Saúde passou a ser conceituado. Assim o alcance da lei, até então definido pelo negócio das empresas - operação de planos ou operação de seguros - passou a ser definido pelo produto operado pelas mesmas. Portanto, quem opera produtos com as características dos planos de saúde, conforme definido no inciso I e no § 1.º deste artigo, está sujeito ao disposto na Lei n.º 9.656/98.

O art. 8 da Lei 9.656 também contribui para a padronização das informações sobre o segmento, ao exigir, nos incisos I, II, III, IV e V, que todas as operadoras tenham uma rede credenciada de hospitais e médicos; tal exigência não era feita às empresas de seguro até a edição dessa Lei. Assim, as operadoras (seguradoras e medicina de grupo, principalmente) passarão a atuar da mesma forma, isto é, como administradoras de planos de saúde.

O artigo 10 também sofreu alterações, o termo “plano” passou a designar todo produto com iguais características. O plano-referência incluía, originalmente, cobertura odontológica. Por dificuldades do mercado, esta assistência deixou de ser oferecida, temporariamente. Algumas competências anteriormente afetas ao CONSU foram transferidas para a ANS, a partir da criação da mesma, em dez/99, pela MP n.º 1.928/99, transformada na Lei n.º 9.961/00. Por dificuldades do mercado, em dezembro de 1998, estabeleceu-se um prazo, para a obrigatoriedade do oferecimento do plano-referência, de até um ano e meio a partir da vigência da lei.

E foi incluído no artigo 10 da Lei 9.656/98 o acréscimo introduzido pela Lei n.º 10.223, de 15/05/2000, cobertura de cirurgia plástica de reconstituição de mama, quando a mastectomia for realizada em decorrência de tratamento de câncer.

Já no artigo 11º, temos a caracterização de doenças pré-existentes, proibindo a alegação de preexistência, após 24 meses de contrato. Estabelece que a alegação de doença, ou lesão preexistente, requer conhecimento prévio do consumidor. Estabelece caber o ônus da prova à operadora.

A definição de planos de saúde foi alterada pela MP n.º 1.908-18/99, e a remissão substituiu a referência genérica, anterior. Incluem qualquer beneficiário, mesmo os não pagantes.

Exigências mínimas de coberturas, além das demais especificações, constam do Artigo 12º, que estabelece as segmentações de planos permitidas, padroniza as coberturas, os prazos de carência, a obrigatoriedade de reembolso – nos casos de urgência e emergência - e a inscrição de filhos menores de 12 anos.

A definição de planos de saúde foi alterada pela MP n.º 1.908-18/99, e a remissão substituiu a referência genérica anterior. O termo “plano” passou a designar todo produto com iguais características. Anteriormente, o dispositivo não fazia referência ao prazo para inscrição do filho adotivo, pois mencionava apenas a data do nascimento; isso causava confusão, pois a adoção pode ocorrer em qualquer idade.

A entrega de documentação para pedido de reembolso pressupõe uma regra a ser fixada pela operadora e informada aos beneficiários. Retirou-se a especificação, por desnecessária. Só existem aquelas duas situações: ou o beneficiário é titular, ou é dependente. Alguns planos utilizam a figura do “agregado”, mas sempre como uma das duas classificações mencionadas.

Estabelece prazo, a partir do qual as operadoras de planos de saúde ficam proibidas de oferecer planos fora das segmentações, e condições estabelecidas neste artigo e na lei.

Aspecto a ser destacado é que a Lei passou a regular o reajuste anual dos planos familiares ou individuais pactuados a partir de sua vigência. Assim, as operadoras deverão respeitar o índice autorizado pela ANS para reajustar os seus contratos.

Todos os dispositivos estabelecidos na LPS se aplicam aos contratos novos, ou seja, feitos a partir de sua vigência, ficando assegurado aos usuários cujos

contratos foram realizados antes da LPS, ou seja, entre 02/09/1998 e 01/01/1999, a possibilidade de escolher entre se manter no contrato tal qual foi celebrado ou se adaptar ao novo sistema.

A LPS não se aplica aos contratos anteriores a 01.01.1999, segundo dispõe o art. 35 que prevê a irretroatividade aos contratos de planos antigos, confirmada pelo STF na ADI nº 1931-8 que declarou liminarmente inconstitucional o Art. 35-E.

O Projeto de Lei nº 3104 de 2019, altera a Lei dos Planos de Saúde (9.656/98) em seu artigo 32, para dispor sobre o ressarcimento pelas operadoras de planos de saúde, referentes aos atendimentos prestados aos seus beneficiários, no âmbito do SUS.

Segundo o Ilustre Jurista, Professor Luciano Pereira de Souza, na análise feita sobre a decisão do STF a respeito do dever de ressarcimento, lastreada no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, assim se pronuncia no artigo REFLEXÕES SOBRE O DEVER DE RESSARCIMENTO DOS SERVIÇOS DE ATENDIMENTO PRESTADOS PELO SUS EM FAVOR DOS BENEFICIÁRIOS DO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL:

“O artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que regulamenta o setor de saúde suplementar no Brasil, determina que as operadoras de planos de saúde promovam o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde dos atendimentos com previsão contratual de beneficiários dos planos realizados pela rede pública, de acordo com as normas definidas pela Agência Nacional de Saúde ANS. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1931 e do RE 597064 pacificou a discussão sobre a constitucionalidade acerca do tema. Atualmente o ressarcimento é realizado mediante procedimento administrativo – Protocolo Eletrônico de Ressarcimento ao SUS – PERSUS, com base na Tabela Única Nacional Equivalente de Procedimentos – TUNEP.”

1.5.1 Tipos de Planos de Assistência à Saúde Suplementar

A Lei nº 9.656/98 definiu os planos de assistência à saúde, que se diferenciam quanto à forma de contratação, à data de assinatura do contrato, ao tipo de cobertura assistencial, à abrangência geográfica e à organização da rede de serviços, de maneira que o beneficiário do plano de assistência à saúde poderá escolher dentre os diversos tipos de contrato, optando pelo mais atrativo aos seus interesses. Os tipos de contrato, definidos no artigo 16, são:

- a) Individual ou familiar;
- b) Coletivo empresarial;
- c) Coletivo por adesão (BRASIL, 2002).

Rocha (2015) expõe que o plano individual ou familiar é o que decorre do contrato firmado diretamente entre o consumidor e a operadora do plano de saúde destinado a prover a assistência individual e ou familiar.

O plano coletivo empresarial caracteriza-se por um contrato que assegura cobertura de assistência à saúde a um grupo delimitado de consumidores, com ou sem dependentes, que se vinculam automática e obrigatoriamente ao plano de saúde em razão da relação que estabelecem com uma determinada pessoa jurídica em razão de contrato de trabalho, filiação associativa ou sindical, que, por sua vez, mantém o contrato com o fundo gerido pela operadora.

E no plano coletivo por adesão o vínculo não é obrigatório, eis que depende de adesão opcional.

É facultada a substituição do prestador de serviço contratado ou credenciado, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e ao Ministério da Saúde com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor (art.17).

1.5.2 Regulamentação do Setor de Saúde Suplementar

Desde a vigência da Lei nº 9.656/98 as operadoras que desejam atuar no setor da saúde suplementar precisam obter um registro provisório, atualmente junto a ANS, para seu funcionamento, além de preencher os requisitos referidos no artigo 8º, a saber:

- I – registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei no 6.839, de 30 de outubro de 1980;
- II – descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por Terceiros;
- III – descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;
- IV – especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;
- V – demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;
- VI – demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecida, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;
- VII – especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde (BRASIL, 2002).

De acordo com o artigo 4º da Lei 9.961, cabe à ANS proceder a liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência das operadoras de planos de assistência à saúde, medida que visa assegurar os direitos dos consumidores.

As Resoluções da RDC/ANS impõem às Operadoras de Planos de Assistência à Saúde a prestar informações, tais como:

N.º 17, de 04.04.2000 – Dispõe sobre a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP –, para fins de ressarcimento dos atendimentos prestados aos beneficiários de plano privado de assistência à saúde, por instituições públicas ou privadas, integrantes do Sistema Unico de Saúde – SUS.

N.º 85, de 25.09.2001 – Institui o Sistema de Informações de Produtos – SIP para acompanhamento da assistência prestada aos beneficiários de planos privados de assistência à saúde (*ibid*, 2002).

Em 2004, a ANS instituiu o Programa de Qualificação da Saúde Suplementar (PQSS) visando classificar as operadoras de planos de saúde. O principal instrumento adotado pelo Programa foi o Índice de Desempenho de Saúde Suplementar (IDSS), para medir o desempenho das operadoras. Ele é apurado através da média ponderada dos resultados alcançados por uma operadora em indicadores reunidos nas seguintes categorias ou dimensões:

1. Índice de Desempenho de Atenção à Saúde (IDAS): mede a qualidade das ações de promoção, de prevenção e de assistência à saúde prestada aos beneficiários de planos privados de saúde.

2. Índice de Desempenho Econômico Financeiro (IDEF): mede a situação econômica e financeira das operadoras, e a capacidade que elas têm para custearem as ações necessárias à atenção integral e contínua, conforme os contratos que assumiram.

3. Índice de Desempenho de Estrutura e Operação (IDEO): mede a capacidade das operadoras de oferecerem redes assistenciais suficientes e adequadas aos requisitos exigidos, e de cumprirem suas obrigações técnicas e cadastrais junto à ANS.

4. Índice de Desempenho de Satisfação dos Beneficiários (IDSB): mede a extensão em que os contratantes de planos privados de saúde têm suas necessidades e expectativas atendidas pelas operadoras, nas ações e serviços de saúde prestados.

A ANS divulga os dados do IDSS obtidos pelas operadoras nas seguintes cinco faixas: 0,00 a 0,19; 0,20 a 0,39; 0,40 a 0,59; 0,60 a 0,79; e 0,80 a 1,00 (SANCOVSCHI, MACEDO, SILVA, 2014, p. 120).

A Lei 12.880 de 12/11/2013 altera a Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, incluindo tratamentos e coberturas obrigatórias.

Em novembro de 2017, a ANS incluiu 18 procedimentos (exames, terapias e cirurgias) para atender especialidades distintas e ampliou a cobertura para outros sete procedimentos, com medicamentos orais contra o câncer e exame PET-CT para diagnóstico de tumores neuroendócrinos. Reviu também a questão da portabilidade entre os planos de saúde, que prejudicavam os beneficiários e usuários destes, no momento da troca do plano de saúde.

Desde junho de 2019, os usuários de planos coletivos de saúde que estão insatisfeitos (planos empresariais / sindicatos / categorias profissionais, etc...), podem mudar de operadora ou plano, sem ter que cumprir novo período de carência, segundo as atuais regras de portabilidade editadas e reguladas pela ANS.

1.6 Saúde e Judicialização

Grande e crescente número de ações judiciais vem sendo distribuídas no Brasil por pessoas usuárias dos sistemas de saúde público e privado, que reivindicam os

seus direitos, crendo estarem sendo lesados ou violados e acreditam que desta forma terão seus problemas resolvidos. A esse fenômeno, é atribuído o nome de judicialização da saúde, cabendo ao poder judiciário, nestes casos, a solução de controvérsias envolvendo saúde pública e privada.

Assim, ingressam no Judiciário com pedidos dos mais variados, entre eles: pedido de nulidade de cláusula contratual que não contemplam direitos ou determinados procedimentos ou que prevê reajustes abusivos dos planos de saúde em relação aos seus consumidores, ou ainda de obrigação de realizar determinado procedimento ou tratamento com negativa de cobertura por parte do plano de saúde, obrigação de dar medicamento com prescrição médica não fornecida pelo SUS por inexistir registro na ANVISA dentre tantos outros motivos.

Portanto, na judicialização da saúde ocorre a transferência para o Poder Judiciário do conflito gerado entre usuários do sistema de saúde, seja ele público ou privado; por outro lado, o mesmo ocorre com as operadoras de planos de saúde e os órgãos governamentais, seja na esfera estadual, municipal ou federal.

Ao Judiciário, por sua vez, cabe o poder supremo de decidir, sendo esta, também uma árdua tarefa, pois deve cumprir a lei e o estabelecido na legislação em vigor, dentre elas a maior na hierarquia das leis, a Constituição Federal, que prevê no art. 196 que a saúde é um direito de todos e um dever do estado. E, mais, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme preceitua o art. 5º, inciso XXXV da CF.

Diante do conflito instaurado, ao Judiciário é atribuído o dever de solucionar mediante a aplicação do direito objetivo e após o devido processo legal, verificando a quem assiste a razão.

Com base em alguns estudos sobre a questão e diante da natureza das demandas judiciais observa-se que um dos principais bens judicializados em relação à saúde pública nos tribunais, são os medicamentos. Para Diniz; Machado; Penalva (2014):

A política de assistência farmacêutica apresenta uma série de desafios quanto ao desenho, operacionalização, atualização das listas de medicamentos distribuídos pelo Sistema Único de Saúde, transparência de protocolos clínicos, ausência de instâncias recursais, celeridade nas decisões, articulação com outras esferas de fiscalização e registro. (p. 592).

Porém, atualmente há também um grande crescimento na judicialização da saúde suplementar, principalmente em relação aos planos de saúde antigos, que são os assinados antes da entrada em vigor do artigo 35 da Lei nº 9.656/98 e não adaptados às suas disposições, que não se aplicam a LPS, bem como as coberturas de procedimentos previstos na ANS.

Em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em relação a planos e seguros de saúde, SCHEFFER (2018) observou que as coberturas assistenciais mais negadas pelos mesmos eram em relação a doenças cardiovasculares e tratamento de câncer; e em relação aos procedimentos mais negados, constatou ser a quimioterapia, a radioterapia, cirurgias diversas, exames diagnósticos, medicamentos, órteses e próteses. Conclui da análise feita que não há fundamento jurídico na maioria dos processos, para as negativas de cobertura por parte dos planos e seguros de saúde, sendo estes os problemas mais pleiteados no Judiciário.

Por outro lado, o Poder Judiciário, nos processos que envolvem planos de saúde antigos, analisando a situação exposta pelo proponente, beneficiário destes planos, que por ser hipossuficiente, idoso ou por diversas outras razões, decide pela cobertura de procedimentos, medicamentos e exames que não estão originalmente previstos nos contratos antigos, com fundamento no direito à saúde e à vida, equiparando seus direitos à LPS aplicando o CDC.

O entendimento de que se aplica o CDC nesses contratos já foi pacificado pela “Súmula 608: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Ocorre que os magistrados, utilizando-se dos artigos da Lei Consumerista, decidem em favor dos consumidores ilimitadamente, sem analisar muitas vezes a irretroatividade da LPS e que se trata de contratos antigos, ou seja, foi oferecida proposta de migração aos beneficiários para aderirem aos contratos novos, mas optaram por se manter naquele. Fácil para o beneficiário pagar o valor de um plano e ter garantido pelo Poder Judiciário outro plano de saúde, qual seja, o plano regulamentado. (FELISBINO, 2014, s/p).

Para a autora, isso gera uma onerosidade para as operadoras, uma vez que o valor da mensalidade é cobrado do beneficiário com base na cobertura contratual. Ao decidir pelo fornecimento de procedimento, material ou medicamento ao beneficiário não coberto pelo contrato, o magistrado passa um custo além do calculado à

operadora, que terá de custear com seus próprios recursos até poder aumentar a mensalidade deste beneficiário e de outros. E, continua a autora:

Ainda, não são analisados pelos magistrados os princípios contratuais em favor de ambas as partes, como o princípio da autonomia privada, que o beneficiário tem a opção de contratar o plano de saúde, aceitando-o está concordando com as disposições contratuais. O princípio da *pacta sunt servanda* deve ser observado, em que as cláusulas deverão ser fielmente cumpridas pelas partes, haja vista o ato negocial fazer lei entre elas e ser norma jurídica. Ademais, o princípio da boa-fé objetiva, na qual os contratantes, inclusive as operadoras, agem com ética, razoabilidade e lealdade. (FELISBINO, 2014, s/p)

Nestes casos, geralmente não é observada a função social das operadoras, pois ao decidir em favor dos beneficiários de planos antigos, os magistrados provocam aumento na mensalidade dos planos de saúde oferecidos pelas operadoras, que segundo a autora acima citada, tornará cada vez mais difícil o acesso por parte das pessoas devido ao alto custo:

O serviço de assistência privada à saúde ficará cada vez mais restrito, pois menos pessoas irão contratar devido alto custo da mensalidade, não podendo ser atingida a função social do contrato, ou seja, o interesse da coletividade, qual seja, a saúde privada auxiliar a saúde pública, que é deficiente. (FELISBINO, 2014, s/p)

Atualmente, a Justiça se tornou uma ferramenta das mais utilizadas para resolver os problemas do acesso a medicamentos, próteses e vagas para internação nos hospitais privados e públicos; muitas vezes os usuários são orientados por médicos ou hospitais que não conseguem resolver o problema de forma administrativa junto aos planos de saúde e ao SUS. As demandas judiciais são dirigidas a dois endereços: empresas de planos de saúde privados e ente público / rede de serviços – SUS (BAHIA, 2014).

[...] existem argumentos distintos para analisar as implicações da judicialização do direito à saúde no país: de um lado, se anuncia a possibilidade de efetivação do direito, mas, por outro, há o risco de a judicialização ser uma interferência indevida do Judiciário nas políticas públicas caso a decisão judicial não adote critérios objetivos e uniformes ou não seja munida de informações suficientes para uma correta avaliação quanto à viabilidade e adequação técnica e orçamentária do bem demandado. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p.592).

Nesse sentido, a judicialização da saúde pode estar extrapolando em prol de um único indivíduo, com a concessão de liminar de tratamento ou medicamento de alto custo, orçamento que contemplaria uma coletividade de enfermos com a mesma patologia.

Há um caráter pouco evidente do conceito de saúde para a resolução deste conflito. Parte importante da judicialização do direito à saúde não visa garantir o direito à vida, mas sustenta-se em outro princípio ainda mais abstrato, que é o da dignidade da pessoa humana. A saúde não seria um fim em si mesmo, mas um meio para a garantia da dignidade. (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p.592)

Para Diniz; Machado; Penalva (2014), o Brasil vem experimentando, principalmente na última década, um quadro preocupante em relação à judicialização da política de saúde. Observa-se que o direito à saúde é o bem que se está a proteger, desnudando uma relação tensa entre a implementação da política e a busca crescente do Poder Judiciário para acesso à assistência em saúde.

Preocupado com a crescente judicialização da saúde no âmbito nacional, o CNJ dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), estabelecendo diretrizes, dando ao Magistrado fundamentos para decidir com segurança, lastreado em evidência científica, sobre a concessão ou não em sede de liminar, de fármaco, órtese, prótese ou qualquer outra providência ou tecnologia em saúde, através do PROVIMENTO nº 84, de 14/08/2019.

2 METODOLOGIA

O objetivo desse estudo foi buscar as tendências do Poder Judiciário no que diz respeito à judicialização do direito à saúde na cidade de Santos, escolhida como unidade de análise considerando que não existem estudos dessa natureza na cidade.

A partir de um estudo exploratório, descritivo e longitudinal, efetuou-se a pesquisa de campo junto aos processos judiciais cíveis envolvendo as questões relativas à saúde, sendo coletados os dados no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ações distribuídas especificamente na cidade de Santos, entre os anos de 2012 e 2017.

O Poder Judiciário Estadual na cidade de Santos conta com doze Varas Cíveis, três Varas de Família e Sucessões, uma Vara da Infância, Juventude e Idosos, três Varas da Fazenda Pública, três Varas do Juizado Especial Cível, uma Vara do Juizado Especial Criminal, uma Vara de Acidente do Trabalho e seis Varas Criminais. A distribuição dos processos envolvendo serviços privados de saúde ocorre de maneira aleatória no Cartório Distribuidor entre as varas cíveis, as varas do Juizado Especial Cíveis nas causas de menor complexidade, se pleiteadas; as promovidas contra a Municipalidade ou Estado, são distribuídas entre as varas da Fazenda Pública local.

Optou-se por essa comarca como unidade de análise, devido à ausência de estudos empíricos sobre a judicialização da saúde nesta localidade e pela maior facilidade de acesso aos dados, além do ineditismo da proposta deste estudo empírico.

O mecanismo de distribuição dos processos foi feito de forma aleatória entre as Varas, garantindo ao estudo o caráter de aleatoriedade no levantamento dos dados. A análise dos dados coletados referiu-se ao período compreendido entre janeiro de 2012 até dezembro 2017 e o trabalho de campo para a pesquisa foi realizado em quatro etapas.

Na primeira, foram quantificados os processos envolvendo acesso à saúde em Santos. Na segunda, foram analisados de forma resumida os processos identificados para fim da pesquisa entre privados e públicos; nome dos demandados; devido à enorme quantidade de processos apurados contra entes privados para uma análise detalhada foram sorteados por amostragem aleatória sistemática, dez por cento (10%) do universo, enquanto em relação as ações contra o setor público, estas foram

analisadas na sua totalidade, devido ao seu baixo número. Na última etapa, foram escolhidos entre os casos analisados na segunda etapa, três deles adotando-se como critério de escolha um processo movido contra o ente público e dois processos movidos contra a iniciativa privada, representando a maioria das ações ingressadas no período e seus desdobramentos.

Na primeira etapa da pesquisa foram coletados 1840 processos, sendo 1.827 ações envolvendo a saúde privada e apenas 13 ações envolvendo a saúde pública. Nesta fase, foram coletados apenas os números dos processos envolvendo saúde pública e privada na cidade de Santos; para isso foram necessárias 18 semanas para a coleta dos dados de forma *on line*, no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na segunda etapa, já tendo sido obtido o número total de processos que envolviam saúde pública e privada no período pesquisado, foram quantificados e analisados os processos por nome dos demandados (Exemplo: Unimed, Santa Casa, Ana Costa, etc.) relativos à iniciativa privada, e levando-se em conta a enorme quantidade de processos localizados na pesquisa, foi utilizado na forma de estatística, rigoroso critério numérico dos processos apurados (Exemplo: 01, 11, 21, 31...).

Já em relação aos 13 processos encontrados envolvendo o setor público da saúde (SUS) nas esferas estadual e municipal, tendo em vista o pequeno número de processos encontrados, foram todos os 13 analisados.

De todos os processos analisados, tanto na rede pública como na privada, extraiu-se dos mesmos a causa de pedir dos processos, o sexo dos demandantes (feminino ou masculino) e se tratava de pessoa física ou jurídica, se ingressavam com advogado particular ou público, se o advogado foi nomeado por convênios da Defensoria Pública do Estado ou da Municipalidade, se pleiteavam a gratuidade da justiça para isenção de despesas processuais, quantos processos apresentaram pedidos de tutela antecipada e nestes casos, se foram ou não deferidas, em quantos foram proferidas sentenças e qual resultado (procedente, improcedente, parcialmente procedente ou extinto sem resolução de mérito); destes, quantos ingressaram com recursos para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e outros tribunais até dezembro de 2018, bem como o tempo médio de duração dos processos.

Na terceira etapa, analisamos os resultados apurados em números e percentuais, quantificando e qualificando o resultado da pesquisa. O tempo de

pesquisa despendido na segunda e terceira etapas foi de aproximadamente seis meses.

Na quarta e última etapa, foram escolhidos três casos, com o seguinte critério: dois casos entre os 1827 processos envolvendo o setor privado da saúde, coletados na primeira etapa e um caso foi escolhido entre os 13 processos apurados envolvendo o sistema público de saúde. Ainda, foi escolhido um caso de cada uma das ações mais numerosas envolvendo o setor privado da saúde, de forma a ilustrar os maiores anseios das pessoas que através da judicialização da saúde buscam o Judiciário Santista como alternativa de solução de seus problemas. Nesta última etapa, os andamentos processuais dos casos foram analisados até dezembro/2018.

O estudo de caso como modalidade de pesquisa tem origem na pesquisa médica e psicológica, coma análise de modo detalhado de um caso individual que explica a dinâmica e a patologia de uma doença dada. Com este procedimento supõe-se que se pode adquirir conhecimento do fenômeno estudado a partir da exploração intensa de um único caso. Para além das áreas médica e psicológica, tornou-se uma das principais modalidades de pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais.

Os estudos de caso mais comuns são os que têm o foco em um indivíduo (caso único e singular, como o “caso clínico”) ou mais de um desde que o “problema” em foco seja o mesmo. (VENTURA, 2007, p.384). Nessa perspectiva é que consideramos importante destacar dentre os processos pesquisados três para serem apresentados mais detalhadamente para aprofundamento do estudo.

Assim, para a escolha dos dois casos entre os 1827 processos apurados no período de 2012 à 2017, foi levada em conta a estatística feita anteriormente, identificando as partes mais demandadas, as ações mais pleiteadas entre os processos privados distribuídos, as causas da demanda, se tratam de pessoa física ou jurídica, se a ação foi promovida contra a iniciativa privada ou pública, o sexo dos proponentes, se houve pedido de tutela antecipada, se houve pedido de gratuidade da justiça e o tempo médio gasto para cada etapa do processo, ou seja, quanto tempo demora até ser apreciado o pedido liminar, quanto tempo para proferir a sentença, quantos recorrem da sentença para o Tribunal de Justiça e o tempo médio no tribunal até ser proferido o Acórdão.

Com base nestas premissas e nos resultados apurados, os dois processos escolhidos para estudo de caso, movidos contra a iniciativa privada, foram: um do ano

de 2013 (processo 4004047-58.2013.8.26.0562) interposto por uma pessoa física – mulher, contra Unimed, ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por dano material e moral, pedindo tutela específica antecipada, e outro do ano de 2015 (processo 1006137-22.2015.8.26.0562) contra o plano de saúde Santa Casa Saúde e Hospital Santa Casa de Misericórdia de Santos. Trata o presente caso de responsabilidade do fornecedor por erro médico devido à má prestação do serviço, onde o autor pessoa física, sexo masculino, contratou os serviços do plano de saúde Santa Casa de Santos e pede ao hospital réu Santa Casa indenização por dano moral e pensão vitalícia em decorrência de sequela incapacitante permanente. O terceiro e último caso analisado foi extraído dentre os 13 processos movidos contra o SUS, ente público municipal e estadual, também se utilizando os mesmos critérios de escolha para os casos da iniciativa privada acima declinados, sendo eleito desta feita um processo distribuído no ano de 2017 (processo 1000067-96.2017.8.26.0562) promovido por um indivíduo do sexo masculino contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e a Prefeitura Municipal de Santos, ação de obrigação de fazer cumulado com indenização por dano moral e tutela de urgência, pleiteando medicamento de alto custo devido à patologia diagnosticada no autor, mielofibrose, um tipo de câncer.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Foram encontrados na pesquisa de campo feita junto ao site do TJSP, 1827 ações judiciais distribuídas (2012-2017) contra a rede privada e apenas 13 ações promovidas em face da rede pública (municipal e estadual), totalizando 1840 processos (100%) envolvendo a judicialização da saúde em Santos neste período.

Dos resultados apurados, verificou-se que 99% dos processos analisados eram casos envolvendo, como réus, a iniciativa privada, e a grande maioria deles, contra o plano de saúde Unimed com 1.037 processos, sendo este, o campeão de processos na Comarca, certamente por ser o plano de saúde mais prevalecente na abrangência da Comarca. O segundo mais demandado foi o Plano de Saúde e Hospital Santa Casa de Misericórdia de Santos, com 396 processos, seguido do Hospital e Plano de Saúde Ana Costa, com 264, Casa de Saúde de Santos com 57, Hospital São Lucas com 51, Hospital Beneficência Portuguesa com 12, Hospital Frei Galvão com 07 e Hospital São Camilo com 03 processos nos anos pesquisados. É importante frisar que a distribuição da frequência aqui apresentada não remete imediatamente à qualidade dos serviços prestados pelas empresas demandadas, já que a rede de cada uma delas é altamente diferenciada em termos quantitativos na região.

Já em relação aos processos distribuídos contra o ente público (apenas 13), estes representaram menos de 1% do total de processos apurados no período pesquisado. A maioria destas demandas foi promovida contra a Secretaria do Estado da Saúde do Estado de São Paulo (10 processos) e 08 processos, foram distribuídos contra a Prefeitura Municipal de Santos, sendo que 5 deles, contra ambos os entes públicos; daí a soma ser maior que 13.

Outro dado interessante é a constatação de que há um crescimento anual da judicialização envolvendo a saúde nos anos pesquisados nesta localidade. Em 2012, foram distribuídos 158 processos ao todo, entre os réus acima mencionados; em 2013 o número de processos distribuídos aumentou para 184, envolvendo os mesmos hospitais e planos de saúde; em 2014 foram distribuídos 225 processos; em 2015 o número aumentou para 364; em 2016 foram 400 processos; e em 2017, foram distribuídas 509 ações, totalizando nos seis anos, os 1840 processos contra a rede pública e privada de saúde. Se constatou que no último ano da pesquisa, aumentou

mais de 300% o número de ações distribuídas em relação ao primeiro ano da pesquisa.

ANO	Comparativo do aumento do número de ações (2012-2017)
2013	16,5% em relação a 2012
2014	22,3 % em relação a 2013
2015	61,8% em relação a 2014
2016	9,9% em relação a 2015
2017	27,3% em relação a 2016

Quadro 1: Comparativo do aumento do número de ações 2012-2017

Destes 1840 processos apurados, analisamos de forma aleatória, utilizando como critério um a cada dez processos, ou seja, 1, 11,21, 31, 41,..., a partir de uma planilha que foi preenchida com as informações extraídas dos 182 processos contra a rede privada, equivalente a 10% do total apenas da rede privada de saúde e todos os 13 casos da rede pública de saúde, representando 100% dos casos promovidos contra o SUS, ou seja, o setor público da saúde.

Como resultado, nos 182 processos analisados da rede privada, apurou-se que 49 processos foram ingressados por pessoa jurídica, representando 26,92% dos processos apurados e 133 processos (73,08%) referem-se a pessoas físicas como autores.

Destes, 75 processos que representam a grande maioria, foram interpostos por mulheres, que representam 56,39% do total analisado e 44 ações foram promovidas por homens como autores, que representam 33,08% dos processos distribuídos. Quatorze processos tiveram mais de um autor (mulher e homem) que representaram o percentual de 10,53%.

Em relação ao pedido de justiça gratuita, foi apurado junto aos pedidos envolvendo o setor privado que 104 processos tinham pedido o deferimento judicial de gratuidade, que representam 57,14% do total dos processos, ou seja, a maioria; o restante, 78 processos (42,85%) não tinham e/ou não foi deferido o pedido de justiça gratuita; e se extrairmos deste total a quantidade de processos distribuídos por pessoa

jurídica, que por seu poderio econômico, normalmente não pleiteiam a gratuidade da justiça, restam das pessoas físicas apenas 29 processos, que perfazem somente 15,93% das pessoas físicas que não solicitaram a gratuidade da Justiça.

Dentre os 73,37% dos processos distribuídos por pessoas físicas, a grande maioria (+ de 60%) pede tutela antecipada. Os resultados também indicam que os principais pedidos em relação ao setor privado são, além da antecipação de tutela, erro médico – responsabilidade civil / reparação de dano (material e moral), serviços hospitalares – tratamento ou internação, obrigação de fornecer medicamentos / próteses e tratamentos não cobertos pelo plano de saúde, tratamentos ou exames de alto custo cobertos, porém negados, inadimplência e interpretação de contrato, execução de dívida.

E, em relação ao setor público, os principais pedidos foram de mandado de segurança para fornecimento de medicamentos (nove casos), indenização por dano moral, obrigação de disponibilizar procedimento médico (tratamento cirúrgico com fornecimento de prótese) e uma ação civil pública.

Dez dos demandantes junto ao SUS pleitearam tutela antecipada, sendo todas deferidas, inclusive com fixação de multa por descumprimento por parte do demandado.

Dos 13 processos contra a rede pública analisados, 6 foram sentenciados, sendo que apenas 4 recorreram para o Tribunal de Justiça de São Paulo; e destes 4, somente 2 recorreram para o Supremo Tribunal Federal.

Dos 182 processos analisados de forma específica em relação a saúde privada + 13 processos analisados em relação ao SUS, perfazendo o montante de 195 processos analisados, a maioria foi sentenciada; 40 processos foram extintos e 73 se encontravam em andamento em primeira instância, boa parte destes já julgados em fase de cumprimento de sentença; e apenas 44 processos encontravam-se em dezembro de 2018 em grau de recurso (TJSP, STJ e STF) com julgamento pendente. Apurou-se, ainda, um tempo médio de duração dos processos, até ser proferida sentença em primeiro grau de jurisdição, de dois anos para os processos físicos, e de um ano para os processos digitais, sendo que em segunda instância, no Tribunal de Justiça de São Paulo, os processos físicos tinham a duração média de três anos e nos processos digitais, esse tempo diminuiu para dois anos em média. Não foi apurado o tempo médio de duração dos processos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo

Tribunal Federal, devido ao ínfimo número de casos, pois pouquíssimos processos chegaram à última instância e boa parte, ainda se encontravam (até dez/2018) em grau de recurso.

Foram localizados menos de 1% do montante de processos apurados nos anos pesquisados envolvendo a saúde pública, havendo a possibilidade de que a população local ainda desconheça a Emenda Constitucional 29 de 13/09/2000, que acrescentou ao parágrafo 2º do art. 198 da Constituição Federal a obrigatoriedade anual da aplicação de recursos mínimos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, como também, por se tratarem de usuários com menor renda do que o setor privado; pode-lhes faltar um maior acesso às informações e à justiça, pois no âmbito da justiça federal, que não é o objeto desta pesquisa, existem inúmeros processos de usuários contra o SUS.

Entretanto, as pessoas que necessitam de assistência à saúde do ente público, buscando de forma alternativa tratamentos, cirurgias ou medicamentos negados, ingressam contra o SUS, perante a Justiça Federal e poucos ingressam com ações contra o SUS junto à Justiça Estadual contra o Município ou contra o Estado, sendo estes, constitucionalmente corresponsáveis pela saúde, nos seus respectivos territórios, níveis de abrangência, e competências, como visto anteriormente.

Ao menos na esfera do Poder Judiciário Estadual, constatou-se que a judicialização da saúde mostra traços de ser um movimento dos não pobres, pois 99% dos casos distribuídos nos 06 anos pesquisados (2012 a 2017) referem-se a processos movidos contra a rede privada de saúde, embora a maioria dos processos (56,52%) tenha pedido de assistência judiciária gratuita por parte dos demandantes.

A grande maioria dos processos analisados foi conduzida por escritório de advocacia particular e apenas para um pequeno número de processos foi nomeado defensor. Mais uma vez as evidências sugerem, nos anos investigados na Comarca, que a judicialização é um fenômeno das elites.³ Avaliar a necessidade de bens e serviços de saúde a partir de processos judiciais é uma tarefa mais difícil do que parece. Entretanto, existem informações nos processos que trazem indicações

³Embora exista um debate sobre a classe social dos demandantes em diferentes processos de judicialização da saúde no Brasil, para um sistema que, por ser universal, não deve discriminar atendimentos por atributos das pessoas, a origem social dos indivíduos deveria ser considerada irrelevante, essa discussão extrapola os objetivos deste trabalho: o acesso à justiça como meio eficaz e socialmente justo de garantia do acesso à assistência à saúde segundo os preceitos da Constituição.

importantes sobre a razoabilidade e necessidade do que é demandado.

O conjunto formado pelos motivos para o não julgamento em sentença terminativa de processos, as razões para que esse julgamento não tenha ocorrido e o tipo de bens de saúde solicitado indicam que a judicialização se faz importante para a cobertura de necessidades específicas, individuais e urgentes de saúde. O padrão de demandas por bens de saúde sugere ser consistente com os diagnósticos médicos apresentados nos pedidos judiciais, instruindo devidamente o pedido. Esses diagnósticos apontam para uma prevalência de doenças agudas e/ou graves, na maioria dos casos. A ausência desses tratamentos, ou medicamentos, refletida na judicialização, pode ser um indicador de reação à omissão das políticas públicas em relação à demanda por tratamentos não cobertos pelo sistema de saúde público ou privado, ou à incapacidade de regulação da ANS dos provedores de assistência médica privada.

Um mesmo processo pode lançar mão de mais de um argumento. Em cada processo a estrutura argumentativa segue um padrão particular sendo, portanto, difícil determinar quais seriam os argumentos centrais e quais os periféricos.

Dada a urgência dos tipos de demanda predominantes, boa parte dos requerentes solicitam decisões liminares. Os juízes, por sua vez, tendem a conceder essas liminares. Como predominam demandas por vagas para procedimentos cirúrgicos, internações em UTI de indivíduos correndo risco de vida ou agravamento de condição clínica, pedido de fornecimento de medicamentos normalmente para uso diário, a concessão da antecipação da tutela é um resultado de certo modo esperado.

A razão principal para a recusa à concessão de tutelas de urgência ou liminares é a ausência de comprovação da urgência do caso. Verifica-se ainda que há, por parte dos magistrados, preocupações com os impactos orçamentários de suas decisões, especialmente em relação a medicamentos de alto custo a ser fornecido pelo SUS.

O estudo trouxe importantes informações a respeito da judicialização da saúde. Como resultados obtidos destacam-se que:

(a) do total dos processos levantados: 27,66% são bem recentes e se concentram no último ano da pesquisa (2017), ou seja, houve um aumento acentuado da prática da judicialização da saúde;

(b) 99% dos processos têm origem em rede privada de saúde o que não permite concluir haver uma relação direta com melhor qualidade dos serviços públicos de

saúde, nem com o desconhecimento dos usuários sobre seus direitos, e sobre o SUS. Talvez aponte a relação entre melhor nível de renda e maior acesso à justiça;

(c) das ações pesquisadas, mais de 40% têm como pedido: internações em vagas de UTI na rede privada de saúde, pedidos de cirurgias e/ou tratamentos não autorizados e fornecimento de medicamentos e/ou próteses; cerca de 30% das ações versam sobre erro médico ou hospitalar, com pedido de reparação de dano material e/ou moral. Isso remete ao fato de que a urgência que fundamenta as demandas quase que significa uma “chantagem” junto ao Judiciário dado terem os juízes que decidir diante de fatos potencialmente catastróficos iminentes, se evidenciando na maioria dos casos com pedido de tutela antecipada, o perigo na demora da decisão;

(d) aproximadamente 70% dos processos utilizam o argumento do direito à saúde como fundamentação, seguido dos argumentos de risco de vida e risco de dano irreparável ou de difícil reparação o que reforça o argumento anterior;

(e) dos casos com pedido de tutela antecipada, a decisão liminar é favorável ao requerente em mais de 90% das decisões judiciais, sendo que somente ocorre a negativa nos processos em que há ausência total de prova pré constituída da verossimilhança das alegações, ou seja, quando faltam documentos que comprovem o risco de vida e a urgência da solicitação demandada.

3.1 ESTUDO DE CASOS

Para o estudo de casos foram escolhidos apenas 03 dentre os 1840 processos encontrados na pesquisa junto ao site do TJSP e destes, apenas 182 processos foram analisados envolvendo a saúde privada, sendo selecionados 2 casos representando os tipos de ações mais pleiteadas em Juízo, com pedidos similares e distribuídas no período averiguado. Dos 13 processos analisados envolvendo a saúde pública, foi escolhido 1 caso também com o mesmo critério acima, que mais representasse os anseios das pessoas que através da judicialização da saúde buscam o Poder Judiciário Santista como alternativa de solução para os seus problemas.

3.1.1 Caso 1: Processo 4004047-58.2013.8.26.0562

Trata o presente caso de um processo judicial de saúde privada. Uma senhora viúva ingressou em 19/07/2013, com advogado particular de escritório renomado na cidade, com ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada específica cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais contra a Unimed, por recusa de tratamento de radioterapia, com risco de vida à autora.

A autora contratou junto à Unimed a cobertura de prestação de serviços médicos e hospitalares em 1999, sem qualquer carência ou restrição e desde então, vem pagando regularmente as mensalidades cobradas pela Contratada.

Foi diagnosticada com Neoplasia Maligna do Pâncreas (câncer), tendo sido submetida a tratamento cirúrgico em agosto de 2012, sendo pelo médico indicado a continuidade do tratamento com radioterapia externa de megavoltagem com acelerador linear Varian 21 IX – Tridimensional (RTC3D) do abdome superior, dose 45 GY – 25 X 1,8 GY por 5 semanas, junto à rede credenciada (Hospital ISO), arguindo na inicial que segundo o seu médico, esse tratamento de radioterapia é imprescindível para o tratamento de sua patologia e continuidade de sua vida. E mais, acrescenta que para este tipo de câncer não há outra espécie de tratamento eficaz.

Diz a requerente na fundamentação de seu pedido inicial, que solicitou o tratamento determinado por seu médico de forma administrativa junto à contratada Unimed que, entretanto, para seu espanto, recusou expressamente esse tratamento, lamentando o plano de saúde por não poder atendê-la tendo em vista as disposições legais da Agência Reguladora e as regras que sustentam o plano de saúde, informando ainda que o plano de saúde por ela contratado é regulamentado pela lei nº 9656/98 (anteriormente por nós já referida de forma detalhada) e a cobertura contratual está listada no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde listado pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, que somente contempla “Radioterapia Conformada Tridimensional – para cabeça e pescoço, sistema nervoso central, mama, pulmão e pelve”. Junta a autora os documentos comprobatórios de suas alegações.

Diante da expressa e comprovada negativa do réu e tendo a autora pedido médico específico de tratamento e estando acometida de patologia coberta pelo contrato firmado, entende a mesma que o plano de saúde requerido tem o dever legal de cobertura de custos e prestação continuada, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde.

Diz ainda que esta não é a primeira recusa da requerida em relação à autora, já tendo ela se socorrido anteriormente do Poder Judiciário para ser ressarcida dos gastos que teve, que não foram cobertos pela contratada, em 2012, ainda em trâmite perante a 10ª Vara Cível de Santos, tendo sido esse processo julgado procedente, para condenar a contratada Unimed ao pagamento de R\$ 182.000,00 atualizados desde o ajuizamento da ação e ao pagamento de R\$ 15.000,00 de indenização por dano moral.

Pede a concessão da tutela antecipada específica, para determinar que o plano de saúde requerido, forneça a ela imediatamente o tratamento de radioterapia da forma declinada e prescrita por seu médico, em razão da gravidade de sua patologia, havendo risco de vida para a autora.

Pleiteia no mérito a obrigação de fazer com a determinação do Juízo para que a contratada forneça à contratante o tratamento indicado, qual seja, radioterapia conformada tridimensional (RTC3D) do abdome superior, asseverando que há previsão contratual para a cobertura pleiteada, razão pela qual não entende a recusa, acreditando ser medida de represália do réu em relação à autora, devido ao ingresso por parte da requerente do outro processo acima mencionado, pleiteando o reembolso dos gastos não cobertos e dano moral. Pede também o deferimento da gratuidade da justiça.

Para embasar seu pedido, afirma a autora em relação ao Rol de Procedimentos da ANS, que é impossível a um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar as moléstias e seus meios curativos usados pela comunidade médica com base científica. Junta jurisprudências do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reforçando esse posicionamento.

Afirma que a obrigação do réu decorre da lei, não podendo ser ignorada, razão pela qual tem o contratado a obrigação de lhe fornecer tratamento radioterápico na forma recomendada e prescrita por seu médico, com aplicação de multa pecuniária que pede seja fixada em R\$ 5.000,00 por dia, por descumprimento da obrigação.

Disse a autora que segundo ensinamentos do Jurista Nelson Nery Júnior, quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total. Ninguém paga plano de saúde para na hora em que adoecer não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor deste serviço exclui de antemão determinadas moléstias cujo tratamento sabe ser

dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor.

Assevera a autora que radioterapia conformada tridimensional (RTC3D) do abdômen superior tem cobertura de atendimento segundo dispõe o artigo 35-C, inciso I da lei 9656/98, que trata de saúde suplementar regulamentando os planos de saúde, bem como tem previsão contratual, segundo dispõe a cláusula trigésima primeira Inciso IV item C do contrato particular de prestação de serviços médicos firmado entre as partes: autora e réu Unimed.

Ela tem necessidade urgente de tratamento radioterápico, pois está lutando contra o tempo para preservar sua vida.

Afirma que o plano de saúde se nega a cobrir o tratamento da doença grave que a autora fora acometida, "neoplasia maligna do pâncreas" importando em flagrante violação ao direito fundamental à saúde e à vida bem como ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Com base na conduta lesiva do réu, pede a autora com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, a responsabilidade civil do contratado, no caso a Unimed. Conforme descrito abaixo:

Artigo 186: Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito.

Artigo 927: Aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO)

Diz ainda que segundo Pontes de Miranda, quem cria o perigo, ainda que não tenha culpa, tem o dever de eliminá-lo. Assim com base na responsabilidade civil do réu Unimed, pede a autora seja fixada indenização por dano moral por ofensa aos direitos subjetivos da personalidade, que é o dano causado a sua esfera íntima, bem como a sua felicidade e bem-estar, considerando a conduta da ré atentatória à dignidade humana ensejando à autora sofrimento, dor e humilhação, no momento em que esta mais precisava da ré, pois abalada com a gravidade da doença e com risco de vida, necessitando da manutenção do tratamento, com as sessões de radioterapia., que foram negadas pela ré.

A autora pede o ressarcimento dos danos materiais, quais sejam os honorários advocatícios que teve que contratar para ingressar judicialmente contra o réu, configurando desta forma o dano material que pretende seja indenizado.

Pede também a concessão do benefício da gratuidade da Justiça e em caráter liminar pede a tutela antecipada a fim de determinar que o plano de saúde forneça imediatamente o tratamento radioterápico da forma declinada pelo médico especialista em razão da patologia que a autora fora acometida bem como todo e qualquer procedimento necessário para o devido tratamento da autora em um prazo não superior a 24 horas após a intimação para cumprimento.

Requer a citação do requerido e a procedência do pedido para condenar a ré ao cumprimento da obrigação de fazer, determinando que o plano de saúde forneça imediatamente a cobertura do tratamento radioterápico da forma declinada pelo médico especialista conforme documentos anexos, sob pena de não o fazendo, arcar com a multa cominatória de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia, até o limite de 30 dias, sem prejuízo de eventuais outras medidas coercitivas que se façam necessárias. Pede também dano moral em quantia a ser arbitrada pelo douto juízo, não inferior a R\$ 27.120,00 (vinte e sete mil, cento e vinte reais) corrigidos a partir da data da constituição em mora (11/7/2013) e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês conforme dispõe o artigo 406 do Código Civil. Pleiteia ainda perdas e danos materiais no valor de R\$ 1.356,00 (um mil, trezentos e cinquenta e seis reais) relativo a pagamento de honorários advocatícios contratados pela autora e a condenação da ré no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, que espera seja fixada pelo d. Juízo em 20% do valor total da condenação. Protesta por todos os meios de prova em direito permitidos.

Para instruir o seu pedido, junta a autora diversos documentos, entre eles, a procuração ao advogado que contratou para ingressar com a ação, declaração de pobreza que embasa o seu pedido de justiça gratuita, afirmando não dispor de recursos financeiros para arcar com as despesas do processo, bem como juntou o contrato de prestação de serviços entre a autora e o réu Unimed. Junta também entre outros documentos, o pedido do médico específico para radioterapia e a negativa da Unimed em relação ao tratamento solicitado, bem como anexa laudos, exames laboratoriais e exames radiológicos, comprovando a sua patologia.

Esse processo foi distribuído livremente de forma eletrônica para a quarta vara cível de Santos. Após autuado o processo foi para conclusão e o juiz no despacho inicial, que ocorreu no dia 19/07/2013, concedeu de plano a tutela antecipada requerida pela autora, assim se pronunciado:

Trata-se de pedido de tutela antecipada em que o autor pretende a autorização para realização de radioterapia conformada tridimensional (RTC3D), negado ao argumento de falta de previsão no rol da Agência Nacional de Saúde.

É entendimento sedimentado da jurisprudência no sentido de que cabe ao médico, e não à operadora de saúde, direcionar e escolher a melhor terapia para o paciente.

A respeito do tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: SEGURO SAÚDE. COBERTURA. CÂNCER DE PULMÃO. TRATAMENTO COM QUIMIOTERAPIA. CLÁUSULA ABUSIVA. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 668216/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15.03.2007).

Nesse sentido, portanto, não pode a operadora de plano de saúde se furtar ao custeio do tratamento tido como o mais adequado, sob a alegação de não previsão no rol da ANS.

Assegurar a cobertura da moléstia, porém excluir o tratamento mais adequado, equivale, em última análise, a nada cobrir, afetando em excesso o sinalágma contratual e colocando o consumidor em manifesta desvantagem. Evidente que não pode um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias e seus meios curativos usados com base científica. Por isso, a pretendida exclusão do custeio somente poderia ser acolhida se houvesse manifesto descompasso entre a moléstia e o tratamento proposto, o que não é o caso dos autos.

O tratamento, à disposição no mercado, tem recomendação da comunidade médica. No mais, certamente a prescrição do especialista que assiste a paciente levou em conta a agressividade e a localização da moléstia.

Nesse sentido: “Plano de saúde. Recusa de cobertura, pela seguradora, de tratamento radioterápico com Intensidade Modulada [IMRT] prescrito por médico especialista para paciente portador de câncer de próstata, sob o argumento de não constar do rol de procedimentos instituídos pela ANS. Inadmissibilidade. Exclusão que contraria a função social do contrato [art. 421 do CC], retirando do paciente a possibilidade de sobrevida com dignidade. Dever de custeio pela seguradora mantido, da mesma forma que incabíveis os danos morais, na hipótese. Não provimento dos recursos” (Apelação Cível nº

0173844-36.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Enio Zuliani, j. 10.11.2011).

Pelo exposto, CONCEDO A TUTELA ANTECIPADA para obrigar a requerida a autorizar o tratamento indicado na inicial, no prazo de 24 horas a partir da intimação pessoal, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), até o limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Cite-se.

“Concedo o prazo de 10 dias para a autora juntar declaração do Imposto de Renda relativa ao exercício anterior, bem como declarar se recebe pensão por sua condição de viúva e, em caso positivo, juntar o respectivo comprovante de pagamento. Após, será analisado o pedido de gratuidade de justiça.

Em 22/07/2013, foi expedido o mandado de citação para o réu Unimed de Santos Cooperativa de Trabalho Médico, concedendo o prazo de 15 dias para apresentar defesa na forma de contestação, bem como, no mesmo mandado de citação, a requerida foi intimada do deferimento da liminar concedida à autora, sendo o mandado cumprido positivo, por intermédio de ofício oficial de justiça, que assim certificou nos autos.

O réu apresentou defesa em 05/08/2013, alegando em síntese, que o procedimento solicitado pela autora não consta do rol de procedimentos médicos previstos pela Agência Nacional de Saúde, alegou também falta de previsão contratual, ou seja, inexistência de cobertura contratual para o exame solicitado pela mesma, e que a autorização do tratamento abriria precedentes e colocaria em risco a saúde financeira do plano de saúde, pugnando pela improcedência dos danos materiais, danos morais e da ação.

Não negou a doença relatada pela autora. Também não negou a recusa em pagar o tratamento indicado pelo médico da requerente, objeto de pedido liminar nesta demanda, apenas se limitando a justificar a recusa com os argumentos acima mencionados de falta de previsão contratual para o tratamento pleiteado e que o mesmo não se encontra relacionado na lista da Agência Nacional de Saúde.

Junta documentos (procuração, subestabelecimento, contrato social e ata de assembleia da requerida, de forma a regularizar a representação processual) com a contestação.

Após a apresentação da contestação da requerida, os autos foram para conclusão e foi concedido pelo Juízo prazo para a autora se manifestar em réplica à defesa da ré e documentos juntados.

Em 09/08/2013, foi o processo levado a conclusão e o Juízo concedeu os benefícios da assistência judiciária em favor da autora ante a comprovação da necessidade com a juntada da sua declaração de rendas, bem como determinou a intimação da autora para se manifestar em réplica a contestação.

Em manifestação sobre a contestação, na data de 16/08/2013, a requerente diz que ajuizou a presente ação objetivando que o Plano de Saúde, ora réu, imediatamente fornecesse o tratamento de radioterapia da forma declinada pelos médicos especialistas em razão da grave patologia que a mesma fora açoitada, sendo indicado tratamento de radioterapia externa de megavoltagem com Acelerador Linear Varian 21IX - Radioterapia Conformada Tri-Dimensional (RTC3D) do abdome superior (leito operatório + área clipada de drenagem linfática), dose 45Gy – 25X1,8GY (5 semanas), sendo que a autora solicitou administrativamente a cobertura do respectivo tratamento, no entanto, não logrou êxito, posto isso justificando o pleito pelos danos morais e materiais (honorários advocatícios).

A tutela antecipada requerida fora concedida pelo I. Magistrado com o fito de obrigar a requerida a fazer autorizar o tratamento indicado na inicial, no prazo de 24 horas sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) até o limite de R\$ 100.000,00.

Que, em razão da patologia grave e de grande evolução e diante da impossibilidade de qualquer outro tratamento, a autora submeteu-se a tratamento cirúrgico em agosto de 2.012, sendo por consequência indicado a continuidade do tratamento, com a radioterapia.

Solicitou administrativamente junto ao Plano de Saúde a cobertura do tratamento imprescindível para cura/tratamento da sua patologia de cunho grave/gravíssimo, contudo, conforme elencado na exordial para seu total espanto, o Plano de Saúde recusou expressamente a súplica da autora – conforme exposto na inicial.

Rebate a autora a alegação da contestante de que inexistente previsão contratual para o referido tratamento, asseverando que consoante o Contrato de Prestação de Serviços Médicos celebrado entre as partes e constante dos documentos que instruem a petição inicial, nas cláusulas 31, letra “c” e 36, inciso III, prevê a possibilidade de cobertura do tratamento de radioterapia e em relação a inexistência de previsão deste tratamento solicitado no rol de procedimentos da ANS, diz ser irrelevante a ausência

de previsão pela ANS, uma vez que é impossível a um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar as moléstias e seus meios curativos usados pela comunidade médica com base científica. Junta jurisprudências neste sentido.

Alega ainda que a obrigação do Plano de Saúde de custear o exame necessário ao tratamento da autora é incontroversa. A moléstia que a acomete integra o rol de coberturas obrigatórias da ANS.

Colacionou à sua peça diversas jurisprudências que reforçam o posicionamento sustentado pela autora.

Quanto aos danos materiais, assevera que dispõe expressamente o art. 389 do Código Civil que: *Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.*

E, por fim, em relação aos danos morais pleiteados, assevera que o princípio norteador da responsabilidade civil perante o incidente narrado está arrimado nos artigos 186, 927, 931 949 e 951 do Código Civil. Que a responsabilidade do réu perante os consumidores/conveniados, hoje em dia, considera-se como objetiva, não havendo margem a comprovação da culpa.

Alega que para caracterização do dano moral basta a existência do constrangimento, da dor íntima, suficientes para gerar o dever de ressarcimento, independentemente da prova do prejuízo e que a indenização oriunda de ato ilícito não paga, de modo específico, o preço do “abalo íntimo” causado, mas sem dúvida enseja à lesada, sensações capazes de amenizar as amarguras resultantes do dano não econômico.

Alega que a autora se encontra debilitada física e psicologicamente, sobretudo, pela grave enfermidade acometida – CANCER DE PANCREAS.

Ela teve que recorrer ao Poder Judiciário, buscando amparo para a realização do tratamento em continuidade de sua cirurgia, dada a negativa da Requerida ao pedido administrativo da Autora, mesmo cientes de que há para ela risco de vida.

Por fim, pedem que a ação seja julgada procedente, declarando e condenando o Réu em todos os termos do pedido inicial.

Em 23/08/2013, o d. Juízo determinou o prazo de 10 dias para que as partes especificassem as provas que ainda pretendiam produzir, e que o silêncio implica anuência ao julgamento antecipado no estado em que se encontra o processo.

A autora manifestou-se em 29/08/2013 dizendo que não pretende a produção de quaisquer outras provas, concordando com o julgamento antecipado do processo.

O Réu Unimed manifestou-se em 09/09/2013, pedindo expedição de ofício para a ANS para esclarecer se o Cancer de Pancreas se enquadra no rol de procedimentos, vigente em junho/2013, para Radioterapia Conformacional 3D.

Logo em seguida à manifestação das partes sobre produção de provas, foi sentenciado o processo em 18/09/2013, embasando o Juízo sua decisão nas seguintes premissas: trata-se de relação de consumo onde a requerida é fornecedora de serviço securitário de saúde e a requerente é a destinatária final desse serviço, e esta relação de consumo se estabelece por meio de um contrato de adesão em que as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor do serviço, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Nessas hipóteses, por considerar o consumidor parte em posição frágil na relação estabelecida, a lei lhe confere proteção contra disposições abusivas, que, inseridas na avença por ato volitivo do fornecedor, ferem o equilíbrio contratual e tornam a obrigação excessivamente onerosa. Dispõe o art. 10, § 4º, da Lei dos Planos de Saúde, a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, que será definida por normas editadas pela Agência Nacional de Saúde. Como cediço, o regramento da amplitude das coberturas é realizado com a edição de resoluções emitidas pela agência reguladora. No entanto, o fato de não constar o procedimento do rol da ANS não isenta, por si só, a operadora da obrigação de custear o tratamento. Isso porque a listagem de procedimentos constitui referência básica às operadoras de plano de saúde, e não enumeração taxativa de tratamentos incluídos no regime securitário, mesmo porque a atualização da legislação não é capaz de acompanhar a rápida evolução da ciência médica e a criação de novos tratamentos. Ademais, as normas editadas por ato infralegal não podem sobrepor-se às disposições da Lei nº 9.656/98 e às do Código de Defesa do Consumidor.

Assim sendo, julgou parcialmente procedente o pedido para, confirmando a medida a liminar, obrigar o Réu a custear integralmente as despesas referentes ao tratamento de radioterapia indicado na inicial, e, ainda, para condenar a ré ao

pagamento de indenização por dano moral arbitrada em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), atualizada monetariamente a partir da data da sentença e acrescida de juros legais (1% am) a contar da citação. Não condenou a Ré ao pagamento de dano material, julgando improcedente apenas este pedido, aduzindo que as despesas com honorários advocatícios não ensejam o direito à indenização por danos materiais; e condenou ainda a Requerida ao pagamento da sucumbência legal, fixando os honorários advocatícios sucumbentes em 10% sobre o valor total da condenação.

Não se conformando com a decisão, a Unimed recorreu em 04/10/2013 para o Tribunal de Justiça, com Recurso de Apelação, efetuando o recolhimento do preparo recursal, sustentando que o contrato celebrado entre as partes guarda perfeito equilíbrio, que há lei específica para regulamentação dos planos de saúde (Lei nº 9.656/98) que estabelece à ANS competência para definir os procedimentos que as operadoras devem cobrir (art. 10, § 4º).

Alega novamente em sede de apelação que o procedimento solicitado não se encontra listado no rol de procedimentos da ANS, daí a razão da recusa e que não é razoável o posicionamento da sentença. Diz ainda que o consumidor deva ser protegido, mas não privilegiado. Que nos planos privados de assistência à saúde, há de se guardar a relação entre o custo e o preço e que as limitações de cobertura não infringem as regras de boa fé e de equidade previstas no Código de Defesa do Consumidor – CDC. Assevera que o contrato guarda perfeito equilíbrio entre o valor pago e os serviços prometidos, e que a Lei 8078/90 – CDC presta-se a equilibrar e tornar harmoniosa a relação de consumo. Junta jurisprudências.

Em relação à condenação em pagamento de indenização por dano moral, alega que a sua recusa em conceder tratamento não coberto pela lista de procedimentos da ANS é um exercício regular de direito e não negativa ilegal. Que as leis existem para balizar o comportamento em sociedade e que de sua parte, não houve ilícito.

Por fim, pede o provimento do recurso de apelação para o fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais.

O recurso foi recebido em 09/10/2013 somente no efeito devolutivo, sendo a autora ora apelada intimada a contrarrazoar.

As contrarrazões apresentadas pela apelada na data de 22/10/2013 reforçam e ressaltam os termos da respeitável sentença, asseverando que não há motivo para revolta ou inconformismo da decisão e que as condutas praticadas pela apelante, bem

como, o conjunto probatório, convergem para o amplo amparo a pretensão da apelada.

No Tribunal, o processo foi recebido em 02/12/2013, sendo distribuído à 5ª Câmara de Direito Privado em 15/01/2014. Foi proferida a seguinte decisão em 24/09/2015:

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:
"Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.
COMINATÓRIA - PLANO DE SAÚDE NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE RADIOTERAPIA, POR NÃO FAZER PARTE DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE - INADMISSIBILIDADE - ROL DOS EXAMES E PROCEDIMENTOS COBERTOS QUE NÃO É TAXATIVO, POSTO QUE O CONSUMIDOR NÃO PODE SER PRIVADO DE USUFRUIR DOS AVANÇOS DA MEDICINA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DA FINALIDADE DO CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - EXCLUSÃO QUE DEVE SER EXPRESSA - ABUSIVIDADE RECONHECIDA - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS NEGATIVA FUNDADA EM DISPOSIÇÃO CONTRATUAL - AÇÃO PROCEDENTE RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Portanto, o Tribunal Estadual manteve a condenação da apelante ao tratamento de radioterapia, sob o entendimento de que se o contrato de prestação de serviços não exclui o procedimento, à operadora de saúde deve ser imposta a obrigação de fornecer o tratamento, na modalidade prescrita.

No tocante à indenização por danos morais, entenderam que a recusa de cobertura em razão de equivocada interpretação do contrato, não pode conduzir à fixação de dano moral, eis que a exclusão, nestes moldes, constitui exercício regular de direito por parte da operadora do plano de saúde, excluindo da r. sentença a condenação em dano moral.

Deste Acórdão, a apelada interpôs em 11/12/2015 Embargos Declaratórios alegando contradição e com a finalidade de prequestionamento, para poder recorrer da decisão para a Instância Superior, o Superior Tribunal de Justiça.

Julgado em 09/03/2016, os embargos declaratórios foram rejeitados, por votação unânime.

Na data de 22/01/2016, a apelante Unimed ingressou com Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, efetuando o pagamento do preparo recursal, questionando novamente a condenação no pagamento do tratamento de

radioterapia, sob os mesmos argumentos anteriormente aduzidos em contestação e recurso de apelação. Junta jurisprudências e pede provimento de seu Recurso Extraordinário e a improcedência da ação.

A apelada por sua vez, também ingressou com Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, na data de 23/03/2016, recorrendo da exclusão do dano moral da sentença, por força do V. Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Assevera que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, vem entendendo que é perfeitamente possível em alguns casos a intervenção da Egrégia Corte, a fixação do dano moral e modificação do valor arbitrado em sede de Recurso Especial quando caracterizado o dano moral *in re ipsa*, ou se o valor fixado se mostra ínfimo ou exagerado, pois, nesses casos, reconhece-se a violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diz que o ato ilícito teve sua origem na conduta ativa da Seguradora em recusar a cobertura do tratamento. Portanto cabe no caso somente a prova do dano e do nexo causal para que haja o dever de indenizar. Salienta que ambos estão cabalmente provados, conforme se denota dos fatos e da documentação carreada aos autos. Que está configurada excepcionalmente a hipótese de danos morais em virtude do descumprimento contratual e legal, tendo em vista que tal conduta foi atentatória à dignidade humana, ensejando à recorrente sofrimento, dor e humilhação por não se ver amparada pela seguradora, devidamente paga por vários anos de contrato; e, no momento em que mais precisava, não teve a contraprestação esperada.

Reitera os fatos aduzidos na inicial, em réplica e em suas contrarrazões ao recurso de apelação do recorrido Unimed, no que tange à dor e ao sofrimento impingidos à autora ora recorrente, naturalmente debilitada por causa da doença que lhe acometera, bem como pela recusa do tratamento recomendado por especialista médico, sendo sua doença de cunho grave e emergencial. Junta jurisprudências.

Pede provimento ao seu recurso, reformando a decisão atacada pelas razões apresentadas para que o réu ora recorrido seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da recusa, em patamar a ser fixado pelos Ilustres Ministros do STJ.

Como ambas as partes recorreram do V. Acórdão, ambos foram intimadas em 11/05/2016 para apresentar contrarrazões dos recursos e assim procederam as

partes.

Levados os autos à conclusão na data de 10/08/2016 ao Desembargador Relator, este negou seguimento ao recurso extraordinário da Unimed, pelo argumento de que o doutor Renato Gomes de Azevedo, advogado que subscreveu o recurso extraordinário não tem procuração nos autos, o que torna inexistente o recurso por ele subscrito e, admitiu o recurso especial da autora ora recorrente, pelo artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sob o argumento de que a matéria controvertida, atinente à possibilidade de fixação de indenização por danos morais advindos da indevida recusa de cobertura securitária, foi satisfatoriamente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

Após análise e exame de admissibilidade sobre os recursos interpostos por ambas as partes, determinou que os autos, oportunamente, subissem ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, observando a Secretaria as formalidades legais.

O recurso especial admitido foi distribuído e processado no Superior Tribunal de Justiça em fevereiro de 2017, sendo designada como relatora a Exma. Ministra NANCY ANDRIGHI, e em 06/04/2017 foi designada sessão de julgamento, sendo certificado que a Egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

RELATORA :MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 RECORRENTE :ANA GONCALVES
 ADVOGADOS :RODRIGO VALLEJO MARSAIOLI - SP127883
 MARCELO VALLEJO MARSAIOLI - SP153852
 RECORRIDO :UNIMED DE SANTOS - COOPERATIVA DE
 ADVOGADO TRABALHO MÉDICO JULLIANA MIEKO MAGÁRIO
 - SP227327
 :RENATO GOMES DE AZEVEDO E OUTRO(S) -
 SP283127

EMENTA

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO. DOENÇA. COBERTURA. RECUSA INJUSTIFICADA. DEVERES ANEXOS OU LATERAIS. BOA-FÉ

OBJETIVA. VIOLAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

1.O propósito recursal é determinar se a negativa da seguradora ou operadora de plano de saúde em custear tratamento de doença coberta pelo contrato tem, por si só, a aptidão de causar dano moral ao consumidor segurado.

2.Embora o mero inadimplemento, geralmente, não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o abalo aos direitos da personalidade advindos da recusa indevida e ilegal de cobertura securitária, na medida em que a conduta agrava a já existente situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado.

3.A recusa indevida e abusiva de cobertura médica essencial à cura de enfermidade coberta por plano de saúde contratado caracteriza o dano moral, pois há frustração da justa e legítima expectativa do consumidor de obter o tratamento correto à doença que o acomete.

4.Existem situações, todavia, em que a recusa não é indevida e abusiva, sendo possível afastar a presunção de dano moral, pois dúvida razoável na interpretação do contrato não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização.

5.O critério distintivo entre uma e outra hipótese é a eventualidade de a negativa da seguradora pautar-se nos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, a qual impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca colaboração, notadamente, com a prestação das informações necessárias ao esclarecimento dos direitos entabulados no pacto e com a atuação em conformidade com a confiança depositada.

6.*In casu*, o tratamento para a doença (neoplasia) por meio de radioterapia teria sido previsto no contrato, e a negativa de cobertura teria sido justificada pelo fato de o método específico de tratamento não estar previsto na lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Como a negativa de cobertura não estava expressa e destacada no contrato e como o tratamento seria necessário e indispensável à melhora da saúde, a recusa ao custeio do tratamento mostra-se injusta e decorrente de abuso, violando a justa expectativa da parte, o que revela a existência de dano moral a ser indenizado.

7.Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

A disponibilização do v. Acórdão no DJE ocorreu em 04/05/2017 e como não houve recurso desta decisão, foi certificado o trânsito em julgado na data de 27/05/2017, baixando o processo à vara de origem para prosseguimento com a fase de cumprimento de sentença.

Em resumo, analisando este caso, percebe-se que o Judiciário foi bem rápido

e diligente em apreciar e deferir a liminar pleiteada pela autora, que além de fundamentar muito bem o seu pedido, o instruiu com diversos documentos comprobatórios de suas alegações. Verifica-se nitidamente a cautela do Judiciário quando envolve risco de vida o que demonstra ter sido acertada a decisão liminar.

O Juízo não se limitou ao pedido em relação a multa pelo descumprimento da obrigação de fornecer o tratamento, no valor de R\$ 5.000,00 e a fixou em R\$ 10.000,00 até o limite de R\$ 100.000,00 de forma a coagir a requerida Unimed a dar eficácia imediata e cumprir a decisão judicial.

Em relação à gratuidade da justiça pleiteada pela autora, o Juízo determinou que juntasse comprovante de renda para poder apreciar o pedido. E após a juntada, deferiu o pedido.

A citação do Réu ocorreu de forma rápida. A ação foi distribuída em julho/2013 e em setembro/2013, foi o processo sentenciado, julgando parcialmente procedente a ação. Entendeu tratar-se de relação de consumo e condenou a ré ao pagamento da integralidade do tratamento, bem como ao dano moral, deixando de condenar em dano material. Referido processo tramita de forma eletrônica, o que certamente contribuiu bastante para agilizar o andamento.

O réu recorreu da sentença para o Tribunal de Justiça em outubro/2013. Entretanto, em segundo grau, ou seja, no Tribunal de Justiça Estadual, o processo teve julgamento apenas em setembro/2015, (dois anos depois da sentença) sendo provido em parte o recurso da Unimed, mantendo a condenação ao tratamento, excluindo a condenação em dano moral.

Desta decisão, ambas as partes recorreram, sendo que o réu Unimed para excluir o tratamento, direcionando seu recurso ao STF (Supremo Tribunal Federal) e a autora para manter a condenação em dano moral, direcionado ao STJ (Superior Tribunal de Justiça).

O recurso extraordinário da Unimed não passou no exame de admissibilidade. O recurso especial da autora passou em 08/2016 e foi distribuído no STJ em 02/2017, à Ministra NANCY ANDRIGHI, que em 04/2017 conheceu e deu provimento ao recurso especial, mantendo a condenação em dano moral.

Portanto, foi integralmente mantida a sentença proferida em 09/2013, obrigando a Unimed a pagar a integralidade do tratamento e a pagar dano moral à autora, sendo também bem rápido o julgamento do recurso no STJ.

A maior demora durante a tramitação deste processo se deu durante o recurso de apelação ao Tribunal de Justiça Estadual e ao que parece, foi a decisão menos acertada, tanto que foi reformada pelo STJ.

Em suma, se não fosse pela interferência da judicialização, referido caso, apenas em sede administrativa, teria tido outro desfecho bem desfavorável à autora. Apenas de forma administrativa, ela não teria conseguido o tratamento radioterápico pago pela Unimed e muito menos receberia indenização por dano moral.

3.1.2 Caso 2. Processo 1006137-22.2015.8.26.0562

Trata-se o presente caso de relação de consumo, responsabilidade do fornecedor por erro médico (má prestação do serviço), onde o autor contratou os serviços do plano de saúde Santa Casa de Santos e pede ao hospital réu Santa Casa indenização por dano moral e pensão vitalícia em decorrência de sequela resultando em incapacitante permanente. A ação foi distribuída em 22/03/2015, por advogado particular.

Alega o autor que em 15/12/2014 dirigiu-se à instituição hospitalar requerida, sentindo dores na região abdominal; e que após ser atendido por um dos médicos, foi solicitado que o autor realizasse coleta sanguínea, o que foi feito no laboratório localizado nas dependências do réu.

O autor teve a região central de seu braço direito perfurada duas vezes, momento em que reclamou das dores que sentiu para a funcionária do réu que realizava a coleta, e esta perfurou mais uma vez a região do pulso direito do autor, local onde movimentou a agulha de um lado para o outro, realizando a coleta. Voltou ao consultório, sendo atendido novamente pelo médico, que, após recomendar medicamentos, liberou o autor.

Nos dois dias seguintes ao atendimento e coleta de sangue, o autor começou a sentir fortes dores e percebeu inchaço e roxidão em seu braço direito voltando no dia 18/12/2014 ao hospital réu, sendo atendido por outro médico que após ver o quadro clínico do braço do autor, solicitou sua imediata internação, onde ele permaneceu internado do dia 18/12/2014 até 28/12/2014, passando por vários

exames e procedimentos. Teve alta médica, sem saber o que ocorria com seu braço direito, que passou a ficar roxo até o tórax, das mãos ao ombro direito.

Esclareceu o autor na inicial que é destro e reside sozinho. Com o passar dos dias, percebeu a piora da situação de seu braço direito, pois perdeu a sensibilidade e alguns movimentos, vindo a atrofiar. O autor permanece afastado de todas as suas atividades habituais, de seu trabalho, inclusive tendo que conviver com a dor e com os gastos com medicamentos e analgésicos, sendo que até a presente data os médicos da Ré não deram ao mesmo nenhum diagnóstico do mal que acometera seu braço direito.

Alegou ainda o autor na inicial da ação a incidência do CDC (Código de Defesa do Consumidor), uma vez que se trata de relação de consumo, da má prestação do serviço, do dano moral causado ao autor, em função da má prestação dos serviços, causando ao mesmo dor constante, angústia, sensação de impotência, frustração, paralisia e perda de um membro (braço direito). Juntou diversas jurisprudências e pede a procedência da ação, para condenar o hospital réu ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos pelo requerente, no importe de 300 (trezentos salários mínimos), diante da falta de movimentação de um membro do corpo; indenização por não poder mais exercer as suas atividades tanto pessoais (pois é destro e não consegue mais comer sozinho, se trocar, amarrar seu tênis ou sapato, escrever, assinar, fazer as tarefas domésticas, dirigir, etc...), como profissionais (está afastado do trabalho pelo INSS já que não consegue mais exercer sua atividade profissional devido à paralisia no braço direito), convertida em pensão, correspondente à importância do trabalho depreciado, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença; pede ainda a justiça gratuita em seu favor, a inversão do ônus da prova, conforme art. 6º, VIII, da Lei. 8.078/90, o depoimento dos membros do corpo clínico do requerido, à época dos fatos, sob pena de confesso, a citação da ré para responder aos termos da ação sob pena de revelia. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova, especialmente pela realização de perícia técnica, para confirmar os fatos narrados na inicial.

Juntou procuração, documentos pessoais, declaração de pobreza, inúmeros exames, relatórios, prontuário, fotos e demais documentos médicos a fim de instruir e comprovar o alegado na inicial da ação.

O processo foi distribuído livremente a uma das 12 varas cíveis de Santos.

Em 23/03/2015 foi proferido o despacho inicial, deferindo o pedido de justiça gratuita ao autor e determinando a citação do réu.

Citado, o hospital réu apresenta sua defesa na forma de contestação na data de 23/04/2015, pedindo justiça gratuita por ser uma entidade filantrópica de assistência social, de utilidade pública, sem fins lucrativos; e para se defender das acusações do autor, alega que ao contrário do que diz a peça inaugural, o requerente não procurou o nosocômio com dores abdominais, mas sim, procurou naquela data o serviço de ortopedia e traumatologia da Instituição em razão de sentir dor no ombro direito, tendo referido na oportunidade ser portador de hepatite.

Que ele voltou em 18 de dezembro daquele ano, com queixa de hematoma em membro superior direito que entende ser resultado da coleta de sangue para exame laboratorial.

Ante o histórico recente de contusão no ombro, o caso foi discutido com a ortopedia. Foram solicitados exames, inclusive eco *doppler* cujo resultado mostrou não haver sinais de trombose.

Avaliado pelo serviço de cirurgia vascular, foi realizado novo *doppler*, confirmando a ausência de sinais de trombose ou incompetência. Endoscopia revelou problemas estomacais e varizes esofágicas.

O paciente evoluiu com alguma melhora do edema, tendorecebido alta em 28 de dezembro de 2014 com orientações, receituário e retorno para tratamento ambulatorial. Tanto o prontuário médico de internação do requerente quanto as fichas de atendimento ambulatorial do requerente instruem a contestação.

Assevera que a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Santos nada deve ao autor a título de indenização. Diz que para que haja o dever de indenizar, com base na responsabilidade civil, deve haver os seguintes pressupostos e a falta de um deles afasta a responsabilidade civil e, portanto, o dever de indenizar, a saber: a) conduta humana; b) culpa “*lato sensu*”; c) nexo de causalidade; d) dano.

No caso concreto o fato eleito pelo autor – *a coleta de sangue para exames laboratoriais* – não guarda relação de causa e efeito com a consequência descrita na inicial – *hematoma e incapacidade de movimento*.

Argumenta-se então que um dos elementos da responsabilidade civil não se faz presente no caso concreto. Não há, entre a conduta e o alegado dano, nexo de causalidade.

Afirma que embora ele não tenha conseguido sequer assinar direito a procuração que instruiu a inicial, datada de 05/01/2015, em 18 de dezembro de 2014, o autor foi capaz de escrever sua assinatura normalmente no prontuário de atendimento da ré, juntando o hospital o referido documento com a defesa.

E, se há incapacidade do membro superior direito do autor apto a torná-lo incapaz de aparar a barba, preparar café ou assinar a procuração de fl. 19, esta é uma incapacidade intermitente, pois os documentos que acompanham esta contestação demonstram que em algumas oportunidades, após os fatos que escoram o pedido, o autor teve plena condição de assinar.

Inclusive, por ocasião do ajuizamento da ação 000307856.2015.8.26.0590, em trâmite perante o Juizado Especial Cível da Comarca de São Vicente, o autor demonstrou plena habilidade para assinar o termo de ajuizamento.

Paralelamente à capacidade do autor para assinar documentos, indiciária da funcionalidade do membro superior direito do autor, os exames acostados aos autos às fls. 48 a 52 não apontam qualquer comprometimento ortopédico, muscular, neurológico ou vascular do membro superior direito do autor.

Quanto à pretensão de fixação de pensão correspondente à depreciação do trabalho do autor alega ser flagrante a improcedência do pedido, asseverando que este não indica se é empregado, em que empresa, se exerce seu trabalho como autônomo ou sob qualquer outro regime. Não descreve as atividades profissionais exercidas pelo autor, não aponta a renda mensal que o autor é capaz de auferir, nem disserta acerca de eventuais alterações, limitações, restrições no exercício de seu trabalho. Concluindo, há pedido de indenização desacompanhado da descrição do dano que se pretende ver indenizado.

Sem dano, o pedido de indenização, inclusive sob a forma de fixação de pensão, é improcedente. Alega ainda a contestante que o pedido de indenização ao pagamento de dano moral do autor está super estimado. Junta diversas jurisprudências e pede a improcedência da ação, a condenação do autor no ônus sucumbencial, a produção de provas que se fizerem necessárias, especialmente a pericial, reiterando o pedido de justiça gratuita para o hospital.

Junta com a defesa procuração, declaração, compromisso da Irmandade e diversos documentos para comprovar ser uma entidade filantrópica, prontuários de

internação e de atendimentos no nosocômio, diversos exames realizados no autor, relatório de enfermagem, fotos, etc.

O Juízo determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir justificando sua pertinência na data de 15/05/2015.

Em 25/5/2015, o réu se manifestou pedindo depoimento pessoal do autor; a produção de prova testemunhal e a produção de prova pericial, imprescindível ao esclarecimento da matéria técnica que envolve a demanda e o autor protestou pela prova testemunhal, cujo rol de testemunhas será apresentado oportunamente e prova pericial, a fim de constatar a extensão e a proveniência dos danos causados no membro superior direito do Autor.

No despacho saneador do processo, o Juízo assim se pronunciou:

Vistos.

A inicial se mostra formalmente em ordem, preenchendo os requisitos legais e possibilitando a mais ampla defesa. As partes são legítimas e estão bem representadas. Há o interesse de agir.

Dou, assim, o feito por saneado.

Defiro a produção da prova pericial médica e oral.

Oficie-se ao IMESC para o agendamento da perícia médica.

As partes poderão apresentar quesitos e indicar assistentes técnicos no prazo de 10 dias.

Oportunamente, se necessário, será designada audiência de instrução e julgamento.

Int.Santos, 25 de junho de 2015.

Em 02/07/2015, o réu se manifestou sobre o despacho saneador, indicando assistente técnico para acompanhar a perícia e apresentou quesitos a serem respondidos pelo perito. Em 10/07/2015 o autor se manifestou sobre o despacho saneador, apresentando assistente técnico e apresentando quesitos para serem respondidos na perícia. Foi oficiado ao IMESC para a realização da perícia médica no autor, informando tratar-se de justiça gratuita. A perícia foi agendada para 18/04/2016.

Em 12/11/2015, o advogado do autor informa o falecimento de seu cliente, e junta a Certidão de Óbito comprovando o alegado.

Diante de tal fato, requereu a substituição da perícia determinada de forma direta no autor, por perícia indireta com base nos documentos constantes dos autos e pede a substituição do polo ativo para a filha do autor.

Tendo em vista a certidão de óbito juntada, comprovando ter o autor dois filhos, o Juízo determinou que fosse regularizado o pólo ativo com a juntada de procuração

dos filhos do autor para prosseguimento do processo e que no dia designado para a perícia, a ser realizada de forma indireta, fossem os filhos portando todos os documentos médicos comprovando a alegada patologia do pai dos autores.

O IMESC solicitou que ambas as partes comparecessem à perícia, com seus respectivos assistentes técnicos, portando todos os documentos necessários a instruir a perícia, inclusive a certidão de óbito do autor.

Foi expedido mandado de intimação aos filhos do autor para que compareçam de forma pessoal na perícia; entretanto, os mandados foram cumpridos negativos, sendo informado que se mudaram para a Bahia, sem deixar endereço.

Sendo intimado da certidão negativa do oficial de justiça, o advogado dos autores requereu a continuidade da perícia já designada, haja vista a proximidade da data de sua realização e principalmente levando-se em conta tratar-se de perícia indireta.

Em 19/04/2016, o IMESC oficia ao d. Juízo informando que não pode realizar a perícia devido à ausência do requerente, no caso, de um familiar, sendo imprescindível de forma a responder em entrevista a vida pregressa do autor. Assim, aguarda instrução do Juízo.

Em 11/06/2016 os autores solicitam a redesignação da perícia indireta, ocasião em que estariam presentes para acompanhamento.

Em 18/06/2016 o Juízo determina a redesignação da perícia ao IMESC, determinando expedição de ofício.

Em 22/11/2016 houve resposta ao ofício do Juízo por parte do IMESC remarcando a perícia indireta para o dia 09/05/2017.

Em 25/05/2017, o IMESC informa por ofício ao Juízo de que os requerentes não compareceram novamente ao IMESC, razão pela qual a perícia não pode ser realizada, aguardando instruções.

Na data de 29/05/2017, o requerido peticiona ao Juízo, informando que pela segunda vez, os filhos do requerente não compareceram à perícia, sendo imprescindível o comparecimento pessoal destes, para entrevista da vida pregressa do autor. Ante o exposto, requerem o prosseguimento do feito, sendo entendida a prova pericial como favorável à requerida para afastar a ocorrência de erro médico, por força da presunção legal prevista nos artigos 231 e 232 do Código Civil.

Em 11/06/2017 os autores se manifestaram informando que não foram intimados pessoalmente para comparecimento na data designada para a realização da perícia e pedem ainda que seja consignado junto ao IMESC a possibilidade de executar a perícia com base nos documentos juntados aos autos pelas partes.

O D. Juízo assim se pronuncia ante as petições e pedidos das partes:

Vistos.

Nos termos da decisão de fls. 290, oficie-se ao IMESC para agendamento de nova perícia indireta.

Com a resposta expeça-se carta aos familiares do autor para intimação da data. Int.

Santos, 12 de junho de 2017.

Em 19/01/2018, o IMESC informa por ofício o Juízo de que reagendou a pedido do Juízo a perícia de forma indireta para o dia 17/04/2018, solicitando o comparecimento pessoal do representante do periciando para anamnese.

Em 28/03/2018, o advogado dos autores peticiona informando o atual endereço dos mesmos, no estado da Bahia, solicitando a expedição de carta precatória para a realização da perícia indireta naquela localidade, por não renunciarem os autores condições financeiras para arcar com as despesas e custos de viagem da Bahia a São Paulo para comparecimento na perícia.

Em relação ao pedido dos autores, o Juízo assim se pronuncia:

Vistos.

Considerando a informação de que os herdeiros do autor são residentes na Comarca de Lauro de Freitas/BA, fato que impossibilita a realização da perícia indireta marcada para 17.04.2018, oficie-se ao IMESC para seu cancelamento.

No mais, por se tratar de ação de direitos personalíssimos, digam os autores nos termos do art. 485, IX, CPC.

Int. Santos, 06 de abril de 2018

Em 18/04/2018, pela terceira vez, o IMESC informa por ofício ao Juízo que os requerentes não compareceram ao IMESC para perícia indireta, razão pela qual esta não pode ser realizada, aguardando instruções.

O Juízo assim se pronunciou em despacho exarado na data de 13/06/2018:

Vistos.

Aguarde-se manifestação da parte interessada pelo prazo de 30 (trinta) dias. No silêncio, intime-se pessoalmente ao impulso do

processo em 05 dias, pena de extinção.

Em 10/07/2018, os autores peticionam em atenção ao despacho judicial, informando que antes da realização da perícia, informaram da impossibilidade financeira de deslocamento para São Paulo e requereram a realização da perícia indireta na Bahia.

Que, em relação ao argumento de que o direito perseguido é personalíssimo, acarretaria a inexistência de interesse processual dos herdeiros no prosseguimento da causa. Questionando-se a possibilidade de transmissão, aos herdeiros, do direito à reparação moral que em caso de procedência desta demanda pertenceria ao autor, que já havia ajuizado a ação destinada a tal fim, antes de seu óbito.

Alegam que a controvérsia diz respeito à figura de quem deve proceder à sucessão processual, havendo entendimento de que o espólio, ente despersonalizado, que ostenta somente capacidade judiciária durante determinado período de tempo, não poderia titularizar efeitos reflexos do dano moral, pelo que consideram inconcebível a substituição processual dos herdeiros por aquele. Os filiados a essa corrente consideram que as consequências patrimoniais dos danos sofridos pelo de *cujus*, transmitidas com a morte, passariam a integrar o patrimônio jurídico de cada herdeiro, de forma que somente a estes, em nome próprio, caberia reivindicar a tutela de tal direito.

Na presente demanda, verifica-se que em caso de se julgar procedente a ação, irá compor o acervo a ser inventariado, até mesmo para fins de satisfação do direito dos eventuais credores.

Dispõe o artigo 75, inciso VII, do CPC, que o espólio será representado em juízo, ativa e passivamente, pelo inventariante, somente se admitindo que os herdeiros ou sucessores aperfeiçoem a sucessão processual por exceção, quando inexistente patrimônio suscetível para abertura de inventário.

Portanto, diante da possibilidade de transmissão aos herdeiros do direito à reparação que pertencia ao autor, ainda, diante da Jurisprudência majoritária do STJ que vem reconhecendo a legitimidade do espólio para titularizar a sucessão processual, o que não se confunde com a titularidade do próprio direito, requer seja dado regular andamento ao presente feito, expedindo-se Carta Precatória, para uma das Varas Cíveis da Comarca de Lauro de Freitas/BA, a fim de determinar a perícia indireta naquele Estado, conforme requerido em fls. 331.

O Juízo determinou em 18/07/2018 a manifestação da parte contrária sobre a petição e pedido dos autores, acima mencionado, para o exercício do contraditório.

Em 23/07/2018, o réu se manifestou dizendo que os autores em duas ocasiões distintas deixaram de comparecer à perícia designada, devendo a prova pericial ser considerada em favor do réu, diante da ausência de comparecimento dos autores em duas oportunidades, alegando que cabia aos autores o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, razões pelas quais requerem fique entendida a prova pericial como favorável ao Hospital requerido para afastar a ocorrência de erro médico, por força da presunção legal prevista nos artigos 231 e 232 do Código Civil, não concordando os mesmos com a produção da prova técnica pericial no estado da Bahia.

Art. 232 do Código Civil: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

Em 16/08/2018, o d. Juízo decide a questão controvertida, assim se pronunciando:

Vistos.

Trata-se de ação de indenização fundada em eventual erro de procedimento médico.

O feito foi saneado, momento em que ficou determinado a realização da prova pericial médica (fls. 236). No entanto, o autor faleceu antes de ocorrer o exame médico.

Por conta disso, os herdeiros – filhos – integraram o polo ativo a fls. 272. Ocorre que os herdeiros são domiciliados na Comarca de Lauro de Freitas/BA e não compareceram a perícia marcada pelo IMESC alegando a falta de condições financeiras para fazer o deslocamento até esta comarca.

Por outro lado, além de verificar que todos os procedimentos médicos realizados no falecido estão juntados aos autos, constata-se ainda que, o único exame possível no caso, será feito através da perícia indireta.

Nesse sentido, a fim prevalecer o princípio fundamental do contraditório e da ampla defesa, bem como evitar prejuízo às partes com eventual cerceamento de defesa, defiro a realização da perícia indireta, de forma excepcional, sem o comparecimento de familiar ou pessoa próxima.

Oficie-se ao IMESC, consignado que se trata de perícia indireta a ser feita nos documentos anexados aos autos sem a presença de representante.

Int.”

Na sequência, foi oficiado ao IMESC em 23/08/2018 para a realização da perícia indireta, de forma excepcional, sem o comparecimento de familiar ou pessoa

próxima, apenas com base nos documentos constantes dos autos, nos termos do respeitável despacho exarado, acima transcrito.

A perícia indireta foi designada para ser realizada em 24.09.2019 e o laudo médico do Imesc foi juntado aos autos em 29/01/2020, com as conclusões periciais. A perícia concluiu haver nexo causal entre o aparecimento do hematoma de membro superior direito com a pulsão descrita na inicial.

O processo continua em curso em primeira instância, e até o momento sem ter sentença proferida.

Em resumo, analisando este segundo caso, constata-se a demora do judiciário na solução do processo, pois a ação foi distribuída no início de 2015. Cinco anos após, e o processo sequer foi sentenciado. Da sentença, ainda, cabe recurso ao Tribunal de Justiça Estadual e posteriormente, recurso ao STJ e ao STF ambos em Brasília. Portanto, este processo pode levar mais alguns anos até os herdeiros do autor receberem a indenização no lugar de seu pai.

O autor da ação morreu no curso do processo, sem ver resolvido o seu problema, sem ter seu direito reconhecido e sem poder fazer uso da indenização pleiteada por dano moral, que certamente será concedida pelo Juízo, pois a perícia médica concluiu ter havido o nexo causal entre a doença e a coleta de sangue feita na ré Santa Casa.

3.1.3 Caso 3. Processo 1000067-96.2017.8.26.0536

Cuida-se o presente caso de ação proposta contra o ente público, a Prefeitura Municipal de Santos e Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pleiteando medicamento de alto custo, devido a patologia diagnosticada no autor, mielofibrose (um tipo de câncer no sangue).

A ação foi distribuída em 27/12/2017 por uma advogada particular, pedindo o autor prioridade na tramitação pela gravidade de sua patologia, pede também a justiça gratuita e tutela de urgência para a continuidade de fornecimento do medicamento prescrito por seu médico e apenas concedido pela Capep por 2 meses, interrompendo unilateralmente o fornecimento, devido ao alto custo do medicamento (JAKAVI).

Alega o autor que por se tratar de medicamento de alto custo, não tem condições financeiras de custear o referido medicamento, que custa aproximadamente R\$ 30.000,00 uma caixa com 60 comprimidos, já estando há dois meses sem receber a medicação, tendo piorado muito o seu estado de saúde devido à interrupção do tratamento medicamentoso.

Diz o autor que o medicamento JAKAVI possui registro na Agência de Vigilância Sanitária ANVISA sob número 1006811210027 desde 26/10/2015, não sendo um medicamento experimental e é o medicamento mais indicado para os casos de patologias como a do Autor.

Diante da forma omissiva com que a CAPEP SAÚDE agiu em face do grave problema de saúde do autor, e agravado pela rescisão unilateral no fornecimento do medicamento, após insistentes pedidos administrativamente feitos pelo mesmo, foi a sua última alternativa se socorrer do Poder Judiciário de forma a garantir a efetividade de seu direito à saúde e dignidade enquanto pessoa humana, no sentido de compelir o Poder Público através de seus entes, como responsável e garantidor constitucional do direito universal à saúde, a fornecer em caráter imediato, na forma de tutela de urgência, o medicamento JAKAVI.

Assevera o autor que a Constituição Federal respalda a saúde como bem supremo do ser humano a ser protegido com o objetivo de garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, incluiu a saúde como um dos direitos previstos na ordem social (art.193). O artigo 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde é de cunho social fundamental, previsto no artigo 6º da Constituição Federal que integra o próprio direito à vida, previsto no artigo 5º da referida Carta Maior.

Assevera ainda o autor que para isso, é necessário incluir todos os meios capazes de proporcionar saúde à população, seja com a finalidade de cura, tratamento ou simplesmente para fornecer qualidade de vida ao portador de doença incurável ou de cura improvável. A dignidade da pessoa humana é o principal direito fundamental constitucionalmente protegido. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da

organização federativa brasileira, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam eventuais obstáculos que estejam impedindo o indivíduo de viver com dignidade.

Proporcionar ao requerente, paciente com neoplasia maligna, um medicamento que alivia seu sofrimento físico e psicológico, trazendo-lhe conforto e esperança, representa um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde, além de demonstrar efetividade ao preceito essencial da dignidade.

A sumula 102 do TJSP que dispõe nesse sentido: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negatividade cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.

Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre os Entes Federados para o atendimento integral à saúde, qualquer um deles possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda que busca o acesso à saúde assegurado pela Constituição, cabendo tanto ao Estado quanto ao Município.

Tratando-se de demanda que visa o fornecimento de medicamento inacessível e imprescindível à preservação da vida e da saúde da parte requerente, é suficiente a demonstração da existência da moléstia, com a prescrição do tratamento apropriado, e a ausência de recursos financeiros da parte autora para custear o tratamento.

Segundo os argumentos do autor na inicial, o fato de o medicamento constar ou não na lista de competência do Estado e do Município não é óbice à concessão do provimento postulado na demanda, pois tal argumento viola direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Pede o autor a tutela de urgência, com fundamento no art. 300 do CPC, asseverando haver “FUMUS BONI IURIS” (fumaça do bom direito) e “PERICULUM IN MORA” (perigo na demora) requisitos essenciais e indispensáveis a concessão da tutela de urgência, para que as requeridas forneçam o medicamento JAKAVI conforme prescrição médica, em até 48 horas, sob pena de multa diária a ser fixada por esse Juízo;

Pede também a condenação da Prefeitura Municipal de Santos e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo na obrigação de fornecer o medicamento JAKAVI na forma prescrita pelo médico responsável pelo tratamento do autor;

Pede ainda:

A concessão da Justiça Gratuita ao autor, por tratar-se de pessoa pobre nos termos da lei;

A prioridade na tramitação do feito, por tratar-se o autor de pessoa idosa e portadora de doença grave, com fulcro no artigo 1048 do NCPC;

A citação dos réus para, querendo, responderem, aos termos da presente ação, no prazo legal, sob pena de se presumirem como válidos, todos os fatos alegados;

Sejam os requeridos condenados ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a serem estipulados por esse D.Juízo e a procedência total da ação, protestando por todos os meios de prova permitidos, sem exceção.

Junta de forma a instruir a ação e a comprovar os fatos por ele alegados, procuração, declaração de pobreza, documentos pessoais, certidão de casamento, comprovante de rendimentos de sua esposa e comprovante de ser a mesma funcionária pública e ser ele seu marido, estando na condição de dependente dela, relatório médico e prescrição médica para uso do medicamento solicitado, informações técnicas sobre o medicamento solicitado.

O processo foi distribuído ao Plantão Judiciário, devido à urgência e estar compreendido o período de recesso forense (período compreendido entre 20/12/2017 à 07/01/2018), não sendo por esta razão distribuído livremente entre as três Varas da Fazenda Pública de Santos.

O despacho inicial foi proferido em 28/12/2017, por Juíz de plantão que assim se pronunciou:

Vistos.

A tutela de urgência deve ser concedida.

A probabilidade do direito do autor decorre do artigo 196 da Constituição Federal, norma constitucional de eficácia imediata que confere a todos o direito à saúde e impõe ao Estado (em sentido amplo) o dever de assegurá-lo. Ademais, há nos autos prova de que o autor realmente é portador da doença mencionada, bem como de que necessita dos medicamentos requeridos.

O perigo de dano, por sua vez, é evidente, pois os remédios são necessários para a preservação da saúde do autor, conforme relatório médico.

Por essas razões, defiro a tutela de urgência para impor aos réus a obrigação solidária de fornecer ao autor o remédio descrito na prescrição médica de fls. 18 (Jakavi 20mg), obrigação esta que perdurará enquanto houver necessidade médica (que deverá ser comprovada pela apresentação de receita atualizada a cada seis meses).

Fixo o prazo de cinco dias para o primeiro fornecimento dos

medicamentos, o qual, se desrespeitado, dará ensejo à incidência de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), limitada, em princípio, a dez dias.

Observem os réus que o prazo para cumprimento da tutela de urgência não é prazo meramente processual e, assim sendo, não é contado apenas em dias úteis, nos termos do artigo 219, parágrafo único, do Código de Processo Civil, nem é afetado pelo recesso forense.

Citem-se e intimem-se os réus acerca da tutela de urgência concedida. No primeiro dia útil após este plantão judiciário encaminhem-se os autos ao juízo competente.

Santos, 28 de dezembro de 2017.

No mesmo dia 28/12/2017, no plantão judiciário, foi expedido o mandado de citação e intimação da tutela cautelar de urgência aos requeridos e cumprido de forma positiva em 29/12/2017, conforme certidão lançada pelo Senhor Oficial de Justiça.

No retorno do recesso forense, o processo foi distribuído livremente a uma das três varas da Fazenda Estadual, permanecendo, entretanto, com o mesmo número.

No dia 10/01/2018, o autor informa que não foi cumprida a determinação judicial de fornecimento do medicamento, devido ao descumprimento acima informado, somado ao descaso com que as requeridas receberam a solicitação do medicamento indispensável para tratamento do grave câncer que acomete o autor, seu estado de saúde muito se agravou, estando atualmente em estado crítico.

A esposa do autor compareceu no último dia 08/01/2018 na Secretaria de Saúde de Santos e lá recebeu um comunicado padrão de que o medicamento será disponibilizado em 90 dias.

Ocorre que o autor não pode esperar os 90 dias, com risco de morte antes do término deste período. Diante desse lamentável fato, ele requer:

- A penhora em contas sob titularidade das requeridas FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO E PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS e R\$ 75.000,00 (Setenta e Cinco Mil Reais), valor referente à aquisição de 3 meses do medicamento solicitado, conforme dados da exordial.

- A responsabilização pessoal dos representantes das requeridas em caso de agravamento do estado de saúde do autor pela falta de tratamento medicamentoso.

Na sequência, o processo foi à conclusão na data de 11/01/2018 para o Juízo apreciar o pedido do autor, assim se pronunciando:

Vistos.

1-FI. 56/58: COM URGÊNCIA, apresente o autor três orçamentos do medicamento em quantidade suficiente para uso mensal.

2-Com a juntada dos orçamentos, não cumprida a tutela de urgência até esta oportunidade, intinem-se pessoalmente os requeridos, na pessoa de seus representantes legais, a comprovar a disponibilização do medicamento ao autor, no prazo de 5 dias, sob pena de multa correspondente ao valor do medicamento, com base no menor orçamento trazido aos autos, com fulcro no artigo 139, IV do CPC, para o fim específico de aquisição do fármaco não dispensado.

3-No silêncio, deverá a Serventia proceder ao bloqueio de ativos financeiros das corrés, no valor referido, com posterior expedição de mandado de levantamento judicial em favor do autor para possibilitar a aquisição direta do medicamento.

4-Deverá o autor comprovar a aquisição do medicamento, no prazo de 10 dias a contar da retirada em cartório do mandado de levantamento. Intime-se.

Santos, 11 de janeiro de 2018.

Foram ainda deferidos pelo Juízo em complementação ao despacho acima transcrito os pedidos do autor de gratuidade da justiça e prioridade na tramitação processual.

Na data de 15/01/2018, o autor apresenta os três orçamentos, conforme solicitado pelo d. Juízo, juntando os comprovantes, quais sejam:

1.INTEGRALMED COMERCIO E PRODUTOS

Valor: R\$ 24.105,00 a caixa com 60 comprimidos de 20 mg do medicamento JAKAVI

2.MEDICALPHARMA

Valor: R\$ 28.000,00 a caixa com 60 comprimidos de 20 mg do medicamento JAKAVI

3.S3MED

Valor: R\$ 26.000,00 a caixa com 60 comprimidos de 20 mg do medicamento JAKAVI.

Foi expedido o mandado de intimação para os requeridos, constando expressamente:

Com a juntada dos orçamentos, não cumprida a tutela de urgência até esta oportunidade, intinem-se pessoalmente os requeridos, na pessoa de seus representantes legais, a comprovar a disponibilização do medicamento ao autor, no prazo de 5 dias, sob pena de multa correspondente ao valor do medicamento, com base no menor orçamento trazido aos autos, com fulcro no artigo 139, IV do CPC, para o fim específico de aquisição do fármaco não dispensado.

O mandado foi distribuído em caráter de urgência para cumprimento por oficial de justiça do plantão, que certificou o cumprimento positivo do mandado de intimação na data de 19/01/2018.

Em 24/01/2018, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo vem a Juízo

apresentar contestação ao pedido inicial formulado pelo autor, alegando que o pedido formulado pelo requerente é improcedente, que o autor é carecedor do direito de ação, razão pela qual pede o julgamento antecipado do processo. Assevera que a inicial não traz nenhum indício concreto de omissão ou negativa por parte do Estado de São Paulo no fornecimento dos suplementos pretendidos pelo Autor.

Que o autor pode ter acesso ao medicamento postulado neste processo desde que se submeta, como todos que postulam fornecimento de medicamentos e suplementos junto ao SUS, ao regime contido na Resolução SS 54, de 11 de maio de 2012 ou a que se a revogou e se encontra em vigência.

Assim, impõem-se a obediência de normas objetivas previamente traçadas para dispensação de medicamentos e suplementos no âmbito do Sistema Único de Saúde por dois motivos: primeiro porque evita tratamentos privilegiados e cuida de emprestar equidade ao sistema; segundo porque evita o gasto irracional dos escassos recursos públicos, o mesmo em relação a medicamentos.

Assevera não haver interesse de agir no direito de ação do demandante, dizendo que o pedido não reúne o binômio necessidade-adequação.

Que, diante da ausência da comprovação da resistência do demandado em fornecer o medicamento postulado, impõe-se o afastamento da multa diária e pede com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil, a extinção do processo sem solução do mérito.

Em 25/01/2019, o autor se manifesta informando ao Juízo que não houve o cumprimento da determinação judicial por parte dos requeridos, pleiteando por esta razão, e em caráter de urgência, o bloqueio de ativos financeiros das contas das requeridas e após o bloqueio, a imediata liberação com expedição do mandado de levantamento em favor do autor, para que possa comprar o medicamento e dar continuidade ao seu tratamento.

Devidamente citado, o Município de Santos ofertou sua defesa na data de 30/01/2018, alegando em sede preliminar, a ilegitimidade passiva, eis que a corre Fazenda do Estado de São Paulo é responsável pelo fornecimento de medicamentos, produtos e insumos de alto custo conforme a política de saúde preconizada pelo Ministério da Saúde e demais instâncias regulatórias do SUS. Diz também que o autor não comprovou ter postulado administrativamente o fornecimento de tratamento específico para combater o mal que o acomete. Sem embargo disso, ainda que assim

o fizesse, tais solicitações dos medicamentos não poderiam ser atendidas na esfera administrativa municipal, por se tratarem de remédios e insumos cujo fornecimento não é afeto ao Município.

O Município requer seja reconhecida a sua ilegitimidade para permanecer no pólo passivo desta ação, eis que o autor demanda diretamente em face do Estado de São Paulo, competente para a distribuição de medicamentos/produtos/insumos de alto custo.

O Município de Santos disponibiliza atendimento e tratamento, no âmbito do Sistema Único de Saúde, obedecida a política de saúde pública preconizada pelo Ministério da Saúde e demais instâncias regulatórias do SUS.

Alega ainda que a medicação requisitada não esteja incorporada ao rol de medicamentos/produtos padronizados para uso nos atendimentos em âmbito municipal, por se tratar de produto de alto custo, conforme a cópia parcial do Processo Administrativo nº 5.828/2018-01 que segue acostada à presente como DOC.01.

Esclarece que os tratamentos oncológicos são disponibilizados pelos CACON – Centros de Assistência de Alta Complexidade, os quais se caracterizam por serem hospitais dotados de todas as condições técnicas, instalações físicas, equipamentos e recursos humanos adequados à prestação de assistência especializada de alta complexidade para o diagnóstico definitivo e tratamento para todos os tipos de cânceres; ou pelos UNACONS – Unidades hospitalares que oferecem diagnósticos e tratamentos para os cânceres mais prevalentes. O hospital credenciado para o tratamento do câncer deve prover os recursos físicos, humanos e insumos diagnósticos e terapêuticos necessários para o seu funcionamento.

E por não ser o contestante o ente federado responsável pela padronização de medicamentos, nem pela compra e distribuição do medicamento que é requisitado pelo autor, avulta claro que não pode integrar o pólo passivo da ação, nem responder pela obrigação, sem comprometer suas próprias finanças e o atendimento da coletividade em áreas de sua competência, postula a extinção do processo em relação ao Município, nos termos do artigo 485, inciso VI do CPC.

No mérito, sustenta que não está autorizado pelo Poder Público a contrair despesas sem que exista a correspondente previsão orçamentária e contábil. E que não há provas de que o autor tenha procurado atendimento na rede pública municipal e que o Município de Santos tenha se recusado a prestar-lhe atendimento, bem como,

não demonstrou a ineficácia ou impropriedade da política de saúde disponibilizada no Município de Santos.

Sustenta ainda, inexistir autorização orçamentária e contábil na verba municipal para proceder à compra do medicamento, o que afrontaria o princípio da legalidade e a necessidade de prévia avaliação por profissionais médicos em unidades do SUS.

Esclareceu que o tratamento na rede municipal de saúde pressupõe o atendimento, prescrição e acompanhamento por profissionais da rede municipal de saúde – não o simples fornecimento de qualquer remédio prescrito por médico privado, como no caso vertente. Afirma que o SUS não pode ser transformado em mero fornecedor de medicamento, sem nenhum critério, bastando que o interessado apresente uma receita qualquer. Junta jurisprudências neste sentido.

Por fim, pede a produção de todas as provas em direito admitidas e pela improcedência da ação. Junta documentos de forma a instruir sua defesa.

Em 02/02/2018, o autor se manifestou informando ao Juízo que decorridos mais de 10 dias desde a intimação para fornecimento do medicamento, ainda não cumpriram a determinação judicial, reiterando o pedido anteriormente feito de bloqueio nos ativos financeiros dos réus, liberando-se após em caráter de urgência em favor do autor, para a aquisição do medicamento essencial a sua sobrevivência.

Neste mesmo dia, o d. Juízo assim se pronunciou sobre o pedido do autor:

Vistos.

1-Certifique a Serventia o decurso do prazo assinalado à fl. 57, item 2.
2-Após, cumpra a Serventia o item 3 da decisão de fl. 57, efetuando o bloqueio no valor de R\$ 24.150,00 (fl. 62), em rateio, dos ativos financeiros dos réus.

Intime-se.

Santos, 02 de fevereiro de 2018.

E assim foi feito, bloqueando-se a metade do valor do medicamento do autor para cada réu, sendo posteriormente requerido pelo autor o levantamento, sendo primeiro intimados os requeridos a comprovar se forneceram ao autor o medicamento conforme determinado na tutela de urgência. Decorrido o prazo sem manifestação dos réus, foi de imediato deferido pelo d. Juízo a liberação dos valores bloqueados, determinando a serventia à expedição do mandado de levantamento judicial em favor do autor, que imediatamente após a liberação, adquiriu o medicamento de alto custo, comprovando com a Nota Fiscal nos autos, sendo que houve demora na entrega do

medicamento por parte do vendedor que teve que encomendá-lo. Apenas em abril/2018 chegou o medicamento e pode finalmente o autor reiniciar o tratamento já em posse do JAKAVI.

Em 12/04/2018, o autor junta novo relatório e prescrição médica para a continuidade do tratamento, e que com este medicamento, está havendo melhora em seu quadro clínico. Diante disso, solicita mais um bloqueio de R\$ 24.150,00 na conta das rés, a fim de dar continuidade ao tratamento, pois uma caixa do medicamento dura apenas 30 dias, e se houver interrupção, de nada adianta tomar e parar. O relatório médico esclarece que o tratamento tem de ser contínuo e ininterrupto para melhor eficácia.

Em 16/04/2018, foi proferida a sentença do processo, de forma antecipada, por tratar-se de matéria de direito, sendo confirmados os efeitos da tutela de urgência concedida, julgando procedente a ação para condenar as rés de forma solidária a fornecer o medicamento JAKAVI 20 mg para o autor, por tempo indeterminado. Condenou ainda os réus no pagamento de honorários advocatícios sucumbente, que fixou em R\$ 1.000,00, determinando ainda que o autor esclareça se houve o descumprimento da tutela de urgência, assim se pronunciando o Juízo:

Vistos.

SIDNEY DE OLIVEIRA ROCHA, qualificado na inicial, ajuizou ação de Procedimento Comum em face de FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS alegando, em síntese, ser portador de mielofibrose (câncer no sangue) e que impõe tratamento com fármaco de alto custo, para além de seus recursos. Aduz que recebia o fármaco "Jakavi", mas seu fornecimento foi suspenso 2 meses após o início da dispensação.

Objetiva-se, assim, o fornecimento do medicamento aludido na petição inicial, indispensável à recuperação de sua saúde segundo declaração do médico que o assiste (fl. 16). Às fls. 38/39 foi deferida a tutela de urgência.

Citada, a Fazenda Pública do Estado contestou a ação arguindo a preliminar de falta de interesse de agir em virtude da inexistência de negativa ou omissão de fornecimento e, no mérito, aduz que o acesso ao medicamento pretendido dá-se através do SUS segundo os termos da Resolução SS54/2012.

Por sua vez, citada, a Fazenda Pública do Município de Santos ofertou contestação arguindo, em sede preliminar, a ilegitimidade passiva, eis que a corré Fazenda do Estado de São Paulo é responsável pelo fornecimento de medicamentos, produtos e insumos de alto custo conforme a política de saúde preconizada pelo Ministério da Saúde e demais instâncias regulatórias do SUS. No mérito, aduz que inexistente padronização do aludido fármaco para distribuição pelos Municípios. Sustenta, ainda, inexistir autorização orçamentária e contábil na verba

municipal para proceder à compra do medicamento, o que afrontaria o princípio da legalidade e a necessidade de prévia avaliação por profissionais médicos em unidade do SUS.

Anota-se réplica.

Passo ao exame do tema de mérito. O processo comporta julgamento antecipado na forma do art. 355, I, do CPC.

De início, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada, uma vez que o cuidado com a saúde é matéria de competência comum entre os entes federativos, conforme versa o art. 23, II, da CF/88. Nesse passo, o C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo editou a Súmula 37: "A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno".

Ainda, dispõe o art. 4º da lei n. 8.080/90, que o Sistema Único de Saúde é constituído pelo "conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da administração direta e indireta das fundações mantidos pelo Poder Público", e conforme reza o art. 9º da mesma lei, essa gestão única é exercida, no âmbito Federal, pelo Ministério da Saúde, no âmbito estadual, pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente, e no âmbito municipal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Também não merece guarida a preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela Fazenda do Estado.

Como se observa dos autos, o demandante teve o deferimento da tutela de urgência pleiteada objetivando o fornecimento do fármaco, mas mesmo albergado pelo comando judicial determinando a dispensação, esta não foi iniciada pelas requeridas. Patente, portanto, que a sujeição aos trâmites administrativos indicados não implica no fornecimento do medicamento pretendido, eis que sequer a ordem judicial, cujo cumprimento não é facultativo, a demandada obedeceu. Aliás, não parece crível que o requerente se sujeitaria a pleitear na via judicial o fornecimento da medicação, correndo o risco de agravar ainda mais seu estado de saúde, ante uma suposta disponibilidade da requerida em providenciá-la.

Como demonstrado através da documentação acostada aos autos, o autor é portador de mielofibrose, necessitando de medicação de uso contínuo de alto custo.

O art. 196 da Constituição Federal estatui como dever do Estado e correlato direito subjetivo público do administrado - a prestação da assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para a sua promoção, proteção e recuperação, nas quais claramente se insere a dispensação de fármacos, instrumental e insumos indispensáveis à preservação e à recuperação da saúde dos necessitados.

Em sendo dever de o Estado garantir a seus cidadãos o direito à saúde, é inconcebível a recusa do fornecimento do medicamento prescrito ao autor, necessário o seu tratamento e vital à manutenção de sua saúde.

Não há necessidade de estar o medicamento objetivado padronizado pelo Ministério da Saúde. Importa isso sim, é que foi indicado por médico que atende o paciente, a quem compete a prescrição do medicamento que entende melhor adequado ao restauro de sua saúde.

Outrossim, ao contrário do que sustenta a corrê Prefeitura Municipal de Santos, não se trata de escolha puramente subjetiva, eis que o requerente apresenta boa resposta ao tratamento com o medicamento pleiteado conforme atestado pela médica que o assiste (fl. 17), de modo que o oferecimento de medicamento diverso do receitado não atenderia à questão, por não se saber se teria o mesmo efeito terapêutico esperado, sendo forçoso reconhecer que a indisponibilização do fármaco implica falta da Administração que deve ser reparada.

A Prefeitura Municipal de Santos informa que para o fornecimento de medicamentos pelo SUS é necessário ao interessado se submeter à avaliação médica por profissional pertencente à rede pública municipal de saúde, a fim de que este apure quais os remédios efetivamente necessários ao tratamento do paciente.

No entanto, normas de menor grau ou singelos atos administrativos não podem mitigar ou excluir direito social que se forja como projeção do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado de Direito.

Oportuno anotar que a responsabilidade pelo tratamento da saúde das pessoas é dos médicos, profissionais formados por escolas cuja criação foi permitida pelo Poder Público, que também as fiscaliza. Não se pode, pois, desqualificar a prescrição de medicamentos por médico regularmente inscrito em seu órgão de representação, pois a ele compete estabelecer o que se mostra mais adequado ao paciente (quantidade necessária, modo e frequência de uso).

Cumpra então garantir ao demandante o fornecimento da medicação que, segundo a médica que o assiste, é mais eficiente e adequada ao trato da moléstia, desbordando, à toda evidência, qualquer discussão sobre sua eficácia e adequação, questões que se inserem exclusivamente no âmbito de responsabilidade do médico receitante, como decorre do Código de Ética Profissional. Ressalte-se que os médicos que subscrevem declarações e pareceres o fazem sob as penas da lei.

É o que basta dizer para considerar inválida a postura das rés e garantir ao demandante o fornecimento da medicação aludida na petição inicial, enquanto adequada ao tratamento da moléstia da qual padece segundo orientação médica.

Assim, o autor logrou comprovar a necessidade do medicamento para a garantia de sua saúde, de modo a lhe propiciar o adequado tratamento. Sobre o tema, reputo oportuna a transcrição do seguinte julgado:

MEDICAMENTOS - FORNECIMENTO PELO ESTADO - PESSOA HIPOSSUFICIENTE E PORTADORA DE DOENÇA GRAVE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO -

ADMISSIBILIDADE. 1. O direito à vida e à saúde qualifica-se como atributo inerente à dignidade da pessoa humana, conceito erigido pela Constituição Federal em fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). 2. A pessoa hipossuficiente portadora de doença grave faz jus à obtenção gratuita de medicamentos, insumos, instrumentos e materiais de autoaplicação e autocontrole junto ao Poder Público. Reexame necessário, considerado interposto, desacolhido. Recursos não providos. (TJSP-Ap. 0018018-07.2010.8.26.0071, Rel. Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, j. 23/03/2011, reg. 29/03/2011).

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação para condenar a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e a Fazenda Pública do Município de Santos, solidariamente, ao fornecimento do medicamento relacionado na petição inicial (JAKAVI 20 MG) e recomendado pela médica que assiste o autor (fl. 18), ora confirmando os efeitos da tutela de urgência.

Por força da sucumbência, condeno as rés ao pagamento das despesas do processo e honorários advocatícios, que fixo, em rateio, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), na forma do art. 85, § 8º, do CPC.

Com relação à petição de fl. 140, esclareça o autor sobre eventual descumprimento da tutela de urgência, indicando a qual período se refere o pedido de bloqueio.

P.R.I.

Santos, 16 de abril de 2018.

Em 24/04/2018, o autor solicita novamente por petição que seja determinado pelo Juízo, em caráter de urgência, o bloqueio de valor para a compra de mais uma caixa de medicamento JAKAVI 20mg, pois logo acabaria a caixa do autor e até o momento as rés ainda não forneceram o medicamento, necessitando novamente da intervenção judicial para a sua compra sob pena de interromper o seu tratamento.

Tal pedido não foi apreciado pelo Juízo, sendo determinada a intimação das partes da sentença proferida.

Em 17/07/2018 o réu Fazenda Pública do Estado de São Paulo, recorre da r. sentença para o Tribunal de Justiça de São Paulo pedindo a reforma da sentença.

Para tanto, alega tratar-se de ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela, por meio da qual o recorrido, sob o argumento de que é portador de mielofibrose (câncer no sangue) e não obteve resposta no primeiro tratamento a que fora submetido, postulou a condenação da recorrente e do Município de Santos na obrigação de fazer, consistente no fornecimento gratuito do medicamento Jakavi, fármaco não incluído nos atos normativos do Sistema Único de Saúde para o tratamento da doença descrita na petição inicial, sendo deferido o pedido de antecipação de tutela.

Assevera não haver nos autos indício nenhum de que o medicamento indicado ao recorrido terá eficácia mais ampla do que o fornecido pelo Sistema Único de Saúde para conter a doença.

Alega que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a presunção de veracidade em favor dos tratamentos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, porque respaldados na Medicina Baseada em Evidências e como o apelado

não produziu prova pericial a revelar certo grau de certeza do alegado na petição inicial, impõe-se a improcedência da pretensão deduzida em juízo.

Pede seja dado provimento ao seu apelo, para reformar a r. decisão atacada, porque improcedente o pedido formulado pelo recorrido, extinguindo o processo nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Em 22/07/2018, informa o autor por petição ao d. Juízo que o medicamento foi devidamente retirado no endereço indicado no teor do telegrama / documento recebido no dia 8 de junho de 2018, às 10h26min.

Foi certificado nos autos que em 16/08/2018 decorreu o prazo sem que a parte autora tenha apresentado contrarrazões ao recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo.

O processo foi remetido ao TJSP, para ser apreciado e julgado o recurso de apelação do réu Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Em dezembro/2018, foi proferido o V. Acórdão a seguir transcrito:

ACÓRDÃO

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000067-96.2017.8.26.0536, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SIDNEY DE OLIVEIRA ROCHA. ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI E CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

Desembargador Alves Braga Junior

Relator

MIELOFIBROSE PRIMÁRIA (CÂNCER NO SANGUE - CID D 47.1). JAKAVI (RUXOLITINIBE), 20 mg. APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER.

MEDICAMENTO. A saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da CF). Direito à saúde assegurada, que compreende o fornecimento de medicamento específico, a quem dele necessita. Ao ente público é ressalvada a possibilidade de demonstração da existência, na rede pública, de alternativa que atenda a necessidade do cidadão, assim como a não necessidade de concessão de medicamento de marcas específica.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Trata este terceiro caso de ação para aquisição de medicamento de alto custo, contra o ente público, cujo processo foi distribuído no final de 2017, durante o recesso

forense, com pedido de tutela antecipada, ante a urgência.

Foi bem rápida a intervenção judicial neste processo, concedendo em poucos dias a liminar pretendida para aquisição do medicamento sob pena de multa, entretanto, por parte dos entes público municipal e estadual, não houve o cumprimento espontâneo da decisão, objetivando a aplicação da multa pecuniária para a aquisição do medicamento, com a penhora de numerário na conta dos requeridos.

Além dos réus não cumprirem a determinação judicial de entrega ao autor do medicamento de alto custo solicitado, contestam o pedido, argumentando a falta de orçamento para aquisição do medicamento e o município de Santos alega não ser ele o ente federado responsável pela padronização, compra e distribuição de medicamento requisitado pelo autor e que não houve a sujeição deste ao atendimento e espera nos órgãos administrativos, contrapondo o pedido do autor com a argumentação voltada para o interesse coletivo em detrimento do interesse individual do autor.

Em menos de quatro meses, a sentença foi proferida (abril/2018), julgando procedente a ação para condenar a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e a Fazenda Pública do Município de Santos, solidariamente, ao fornecimento do medicamento ao autor.

Da sentença houve recurso por parte da Fazenda do Estado de São Paulo e naquele mesmo ano, em dezembro/2018, foi proferido o Acórdão negando provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença.

O fato é que através da judicialização, o autor alcançou seu objetivo e obteve finalmente o medicamento necessário à continuidade de seu tratamento de câncer, pois a partir da prolação da sentença, passou a receber o fármaco pleiteado para uso contínuo e ininterrupto até alta médica.

CONCLUSÃO

Este estudo vem associar-se a outros sobre judicialização da saúde no território nacional; não foi objetivo da dissertação deduzir afirmações e teses de caráter mais generalizado. A pesquisa realizada, abrangendo o período de 2012-2017, traz indícios de que o processo de judicialização da saúde na cidade de Santos caracteriza-se por um movimento movido pelos segmentos mais diferenciados da sociedade em termos de renda, haja vista a discrepância entre a quantidade de casos apurados envolvendo demandas junto ao setor privado da saúde e o inexpressivo número de processos relacionados ao setor público da saúde (ao menos na esfera do Poder Judiciário Estadual), envolvendo o ente público municipal e/ou estadual. Tal fato vem corroborar a tese dominante de que o acesso ao direito à saúde via judicial está estreitamente associado a condições de vida e de renda mais diferenciadas e/ou privilegiadas.

A representação judicial e médica originária de serviços públicos e privados no Poder Judiciário Estadual, combinada com a renda comprovada em parte dos processos, é um indício de que a afirmação de elitização pode ser sustentada nesta Comarca, já que os dados obtidos junto ao distribuidor cível de Santos ratificam esta afirmação.

A corrida aos juízes para solicitar uma vaga em UTI, marcar cirurgias ou para conseguir determinado medicamento não diminuiu. O drama cotidiano de todas as instituições envolvida com a saúde pública e privada no Brasil é o de tentar evitar a morte de uma pessoa e prejudicar tantas outras que também aguardam por cuidados emergenciais, muitas vezes em longas filas de espera. Para tentar proteger seus pacientes, os profissionais da saúde passaram a sugerir a busca da Justiça, incentivando, de certa forma, a judicialização.

Os resultados coletados indicam que a maioria dos processos são propostos por mulheres. A maioria dos pedidos foi de antecipação de tutela, obrigação de fazer para conseguir internações em unidades de tratamento intensivo, internações para cirurgias e/ou tratamentos não inclusos e/ou cobertos pelos convênios, fornecimento de medicamentos de alto custo ou prótese; apurou-se, ainda, uma grande quantidade de ações pleiteando reparação de dano geralmente por pretenso erro médico/hospitalar e relação contratual.

A maioria dos processos foi apresentada por advogado particular, constituído

diretamente pela parte; entretanto, fazem pedido de gratuidade da justiça para seus clientes na maior parte dos processos.

Dada a urgência dos tipos de demanda predominantes, a maioria dos requerentes solicita tutela antecipada. Os juízes tendem a conceder esses pedidos quando comprovado o “perigo na demora”, que é o receio que a demora da decisão judicial cause um dano grave ou de difícil reparação e a “fumaça do bom direito” que significa a verosimilhança da alegação, ou seja, a presença aparente de uma situação que não foi inteiramente comprovada, mas há indícios. Como predominam demandas por vagas para procedimentos cirúrgicos, e internações em UTI de indivíduos correndo risco de vida ou agravamento de condição clínica, esse é um resultado de certo modo esperado e previsível. A razão principal para a recusa à concessão de tutelas antecipadas é a ausência de comprovação da urgência do caso. É possível observar que há preocupação dos magistrados com impactos orçamentários de suas decisões.

Enquanto as vias administrativas são mais lentas e a burocracia da saúde costuma se mostrar insensível às necessidades individuais imediatas, o Judiciário revela-se, em princípio, mais célere. Porém, as ações judiciais direcionadas aos serviços de ponta também não conseguem romper determinadas barreiras assistenciais estruturais. A garantia de ações essenciais à manutenção da vida requer suficiência e boa gestão de recursos físicos, humanos e financeiros que comumente não estão disponíveis em volume e quantidade suficientes. São pertinentes à esfera das políticas públicas, e o enfrentamento dos problemas de saúde ainda constitui uma incógnita para a magistratura nacional que não possui, por enquanto, conhecimento técnico específico na área, necessitando em alguns casos do auxílio de perícia técnica para proferir decisões com maior segurança, que possam corrigir e até influenciar as políticas de saúde e sanitárias de modo lógico e estruturado.

Na cidade de Santos prevalecem os processos contra planos de saúde e hospitais da iniciativa privada, sendo ainda poucos os processos movidos contra o ente público na esfera estadual do judiciário, fenômeno que não deve ser uniforme junto ao SUS perante a Justiça Federal, em termos nacionais. A disparidade de situações e de motivações das demandas judiciais, em que pese as causas de fundo serem recorrentes, inclusive nesta mesma comarca, como se viu, vem reforçar a necessidade de soluções alternativas, tais como a prática da mediação sanitária. Pela mediação podem ser construídos caminhos de entendimento coletivo dos problemas

públicos e privados. A mediação possui efetiva abertura para pacificar os conflitos na área da saúde sob o olhar coletivo, possibilitando assim o esvaziamento ou ao menos a diminuição da crescente busca do Judiciário para os conflitos envolvendo o setor público e privado da saúde.

Tudo indica que a judicialização da saúde veio para ficar. Cresce ano a ano o número de processos no Judiciário santista envolvendo o tema, conforme mostra a pesquisa realizada nesta comarca no período de 2012 a 2017.

REFERÊNCIAS

- AITH, F.; BUJDOSO, Y; NASCIMENTO, P.R.; DALLARI, S.G. **Os Princípios da Universalidade e Integralidade do SUS sob a Perspectiva da Política de Doenças Raras e da Incorporação Tecnológica.** R. Dir. Sanit., São Paulo v.15 n.1, p. 10-39, mar./jun. 2014
- ANDRADE, J. F. **Interpretações acerca da Previdência Social e seu déficit no Brasil.** Repositório Institucional da UFRJ. 2018 Disponível em <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/4623> Acesso em 29/04/2020
- BAHIA, L. **Planos e seguros privados de saúde no Brasil: lacunas e perspectivas da regulamentação.** In: Heimann LS, Ibanhes LC, Barboza R, organizadores. **O público e o privado na saúde.** São Paulo: Editora Hucitec; 2005. p. 127-68.
- BAHIA, L. **Judicialização da Saúde.** O Globo, 21 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/visa/?q=node/5995>
- BARROSO, L. E,. **Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Eletrônica de Direito do Estado. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-> n. 18, abr./maio/jun.2009 - LUISBARROSO.pdf>. Acesso em 11/07/2017
- BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista Interesse Público, 2007.
- BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34
- BARRETO M. E. **Judicialização da saúde na garantia do acesso ao medicamento.** Rev. Salud Pública. 16 (3): 360-370, 2014 Disponível em <https://www.scielosp.org/article/rsap/2014.v16n3/361-370> Acesso em: 18/06/2018.
- BAPTISTA, T. W. de F.; MACHADO, C. V.; LIMA, L. D. de. **Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes.** Ciência & Saude Coletiva, 2009; 14(3):829-839.
- BEHRING, Elaine Rossetti e BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história.** 6ª d. – São Paulo: Cortez, 2009.
- BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Promulgação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Diário Oficial da União 1992; 07 jul.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento**

dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.htm> Acesso em 21/06/2017.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Lei Orgânica da Seguridade Social. Disponível em www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8212-24-julho-1991-363647-normaatualizada-pl.pdf

BRASIL. Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742compilado.htm

BRASIL. Lei nº 9.656/98 dos Planos de Saúde. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm Acesso em 27/12/2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002. http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Serie_regulacao_e_saude_Vol_1.pdf. Acesso em abril/2020.

BRITO-SILVA, K.; BEZERRA. A. F. B.; TANAKA O. Y. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Comunicação Saúde Educação, v.16, n.40, p.249-59, jan./mar. 2012.

BOSCHETTI, Ivanete. Assistência social no Brasil: um direito entre originalidade e conservadorismo. 2. ed. Brasília: GESST/SER/UnB, 2003.

BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. In: Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFEES/ABEPSS, 2009.

BUSS, P.; PELLEGRINI FILHO, A. A Saúde e seus Determinantes Sociais. PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):77-93, 2007

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Estud. av.* [online]. 2013, vol.27, n.78, pp.7-26. ISSN 0103-4014. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142013000200002>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e. Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/4292ed5b6a888bdcac178d51740f4066.pdf>

DALLARI, S. (2008). **A construção do direito à saúde no Brasil**. *Revista De Direito Sanitário*, 9(3), 9-34. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p9-34>. Acesso em 16/07/2019

DALLARI, D.de A. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002, 166p. ISBN 85-02-03923-7.

DINIZ, D.; BARBOSA, L. and SANTOS, W. R. dos. **Deficiência, direitos humanos e justiça**. *Sur, Rev. int. direitos human.* [online]. 2009, vol.6. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452009000200004&script=sci...tIng... Acesso em 17/08/2017

DINIZ D, MEDEIROS M, SCHWARTZ, I.V.D. **Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses**. *Cad Saude Publica*, 2012; 28(3):479-489.

DINIZ D; MACHADO, T. R. DE C.; PENALVA, J. **A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil**. *Ciência & Saúde Coletiva*, 19(2):591-598, 2014.

FELISBINO A. **A judicialização da saúde suplementar dos planos privados de assistência à saúde firmados antes da Lei nº 9.656/98**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29030/a-judicializacao-da-saude-suplementar-dos-planos-privados-de-assistencia-a-saude-firmados-antes-da-lei-n-9-656-98>. Acesso em 16/01/2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo: MP Editora, 2006

FLEURY, Sonia; OUVÉREY, Assis. **O sistema único de saúde brasileiro: Desafios da gestão em rede**. *Rev. Portuguesa e Brasileira de Gestão*, Lisboa, v. 11, n. 2-3, p. 74-83, 2012. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-44642012000200007&lng=pt&nrm=iso.

GAMARRA. T. P. das N. **A produção acadêmica sobre a Agência Nacional de Saúde Suplementar: um olhar a partir da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações**. *Saúde Soc. São Paulo*, v.26, n.3, p.712-725, 2017.

GIOVANNI, D. (1988). **Sistemas de proteção social: Uma introdução conceitual**. In M. A. Oliveira, (org.). *Reforma do Estado e políticas de emprego no Brasil*. Campinas, SP: UNICAMP.

GREGORI, M. S. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. *Biblioteca de Direito do Consumidor*, v. 31. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 68

LEITÃO, F. et al. / *Rev Bras Farmacogn* 24(2014): 225-247. 2010). **Medicinal plants traded in the open-air markets in the State The popular knowledge kept in the open-air markets is studied by urban ethnobotany, ...** Disponível em www.scielo.br/pdf/rbfar/v24n2/0102-695X-rbfar-24-02-00225.pdf. Acesso em 16/05/2018

MACHADO, P. S. X. **O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Responsabilidade_linear.pdf>. Acesso em: 16/05/2017.

MARTINS G. R. & Carpane, N. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. APONTAMENTOS SOBRE A ATUAÇÃO JURISDICIONAL, UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ACESSO À JUSTIÇA.** v. 7 n. 2 (2016): Revista Vianna Sapiens - Julho a Dezembro de 2016. Disponível em <http://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/196> Acesso em 18/08/2017

MARQUES, S. B., DALLARI, S. G. **Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo.** Rev Saude Publica, 2007; 41(1):101-107.

MIRANDA, G. M. D.; MENDES, A. C. G.; SILVA, A. L. A. **Population aging in Brazil: current and future social challenges and consequences.** Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 507-519, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbagg/v19n3/1809-9823-rbagg-19-03-00507.pdf>. Acesso em 18/09/2017

MEDEIROS M, DINIZ D. **A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose.** Cien Saude Colet, 2013; 18(4):1079-1088.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos.** Revista de informação legislativa, v. 37, n. 145, p. 77-85, jan./mar. 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Brasília, MPS, 2012.

NORONHA, JC., PEREIRA, TR. **Princípios do sistema de saúde brasileiro. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde [online].** Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 3. pp. 19-32. ISBN 978-85-8110-017-3

PACHECO FILHO, C. **Déficit da Previdência: a verdade que se encerra.** Indic. Econ. FEE, Porto Alegre, v. 35, n. 3, p. 67-74, fev. 2008.

Princípios do SUS; [documento na Internet] acessado em 11/09/2018. Disponível em www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus

Reportagem Jornal O Globo; 2014. [documento na Internet] Acessado em

19/07/2017. Disponível em <https://oglobo.globo.com/opiniaao/ajudicializacao-da-saude-1334080#ixzz4nK13xCGN>

SANCOVSCHI, M.; MACEDO, M. A. S.; SILVA, J. A. **Análise das intervenções da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) através dos Índices de Desempenho da Saúde Suplementar (IDSS)**. Contabilidade, Gestão e Governança, Brasília, DF, v. 17, n. 2, p. 118-136, 2014

ROCHA, L. **O direito a saúde e o sistema suplementar**. Tese (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Faculdades Integradas do Brasil, Centro Universitário Autônomo do Brasil. Curitiba, 2015.

SARMENTO, D. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: Souza Neto CP, Sarmento D. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008.

SCHEFFER, M. **Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Rev Direito Sanit. 2013; 14(1):122-32. www.revistas.usp.br

SCHEFFER, M. C.; et al. **Judicialização na saúde suplementar. Conhecimento Técnico-Científico para Qualificação da Saúde Suplementar**. p. 137-144, 2015. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/1_-_Mario.pdf. Acesso em: março/2020.

SCHEFFER, M; Trettel, Daniela Batalha; Kozan, Juliana Ferreira. **JUDICIALIZAÇÃO EM PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS: OS EFEITOS DA OPÇÃO REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR NOS CONFLITOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS**. Revista Direito Sanitário.V.19. nº 109. Mar/Jun.2018. Acesso em março/2020

SLAIBI, M.C.B.G. **O direito fundamental à saúde**. BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.), v.12, n.3, p.227-33, 2010.

SOUZA, G. C. de A.; COSTA, I. do C.C. **O SUS nos seus 20 anos: reflexões num contexto de mudanças**. Saúde Soc. São Paulo, v.19, n.3, p.509-517, 2010.

SUS, Sistema Único de Saúde. **Secretária de Estado de Saúde de Minas Gerais, 2015**. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/sus>

TORRES, R.L. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VENTURA, M. SIMAS, L.; PEPE, V. L. E. and SCHRAMM, F. R. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. *Physis [online]*. 2010, vol.20, n.1, pp.77-100. Rio de Janeiro 2010. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci...tIng. Acesso em 17/06/2017

VIANNA, N.G.; CAVALCANTI, M.L.T.ACIOLI, ACIOLI, M.D. **Princípios de Universalidade, Integralidade e Equidade em um Serviço de Atenção à Saúde Auditiva.** *Ciência & Saúde Coletiva*, 19(7):2179-2188, 2014.

ZAGARINO JUNIOR, Sérgio; DIAS, Rodrigo S.; SOUZA, Luciano P. **Reflexões sobre o dever de ressarcimento dos serviços de atendimento prestados pelo SUS em favor dos beneficiários do Sistema de Saúde Suplementar no Brasil.** *Unisanta Law and Social Science*. Disponível em <https://periodicos.unisanta.br/index.php/lss/article/view/1735> Acesso em maio/2020