

BRASIL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. TERCEIRIZAÇÃO. SUS.
Trata-se de pedido de suspensão de liminar proposto pelo Município de Taubaté/SP contra a decisão proferida no Agravo de Instrumento 2064714-47.2014.8.26.0000, em curso perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se deferiu a antecipação dos efeitos da tutela recursal requerida pelo Ministério Público local. Dos autos extraio que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com a Ação Civil Pública 1002127-71.2014.8.26.0625, com pedido de liminar, objetivando, em síntese, que o Município de Taubaté se abstivesse de celebrar contrato de gestão e convênio, outorgar permissão de uso ou realizar qualquer outro ato que objetivasse a transferência à iniciativa privada da gestão ou execução dos serviços de atendimento de saúde em qualquer dos equipamentos públicos municipais vinculados ao SUS, até o julgamento da ação. O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de liminar, por entender que: “A atividade de Saúde não é, pela Constituição Federal, ao meu ver, pelo menos neste instante, exclusividade do Estado. Deferir as tutelas de urgência, sem verossimilhança exigida no art. 273 do CPC, diante da possibilidade concreta do bom direito da Municipalidade e de ausência de demonstração inequívoca de prejuízos ao Erário ou que o Chefe do Poder Executivo local esteja a extrapolar seus limites as medidas de urgência (medidas liminares) solicitadas ao início. Demais disso, deferi-las, seria por em risco atividades municipais que visam o bem estar da população na área demandada e, tudo indica, ferir o princípio da eficiência. E, em face do princípio da supremacia do interesse público, se houver anormalidade na execução do contrato ou convênio de gestão, o Município certamente fará cessar seus efeitos, além de medidas judiciais promovidas por quem de direito a buscar essa providência” (págs. 6-7 do documento eletrônico 14). Contra essa decisão foi interposto o referido agravo de instrumento pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, tendo sido concedida a liminar, nos seguintes termos: “Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra r. decisão copiada às fls. 47/53 que, nos autos da ação civil pública ajuizada contra o MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, indeferiu a liminar pleiteada”.

Sustenta o agravante, em síntese, que a Lei Municipal nº 4.752/13 não contempla a saúde pública como objeto possível de contratação por Organização Social. Assim sendo, defende que o Edital de Chamada Pública nº 07/2013, ou qualquer outro edital subsequente, não possui suporte de validade. Destarte, requer a concessão da antecipação da tutela recursal com a finalidade de suspender os trâmites administrativos referentes aos Editais de Chamamento Público nºs 07/2013 e 01/2014, bem como dos atos sucessivos destinados ao mesmo escopo, qual seja terceirizar a gestão das unidades de saúde municipais (Pronto Socorro Municipal, Pronto Socorro Infantil, Pronto Atendimento dos Bairros CECAP e Gurilândia, e Policlínica Municipal) (fls. 01/10). O recurso é tempestivo e foram apresentadas cópias obrigatórias e facultativas. Superado o juízo de admissibilidade, passo à apreciação do pedido. Examinados os argumentos lançados pelo agravante, entendo que é caso de deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, eis que presentes os requisitos legais para tanto, notadamente a verossimilhança das alegações, uma vez que a Lei Municipal nº 4.752/13, diploma legal resultante do Projeto de Lei Municipal nº 06/2013, não contempla a saúde pública como objeto possível de contratação por OS ou OSCIP. Ademais, nos termos do art. 197 da Constituição Federal e art. 24 da Lei nº 8.080/90, as ações e serviços de saúde devem ser executadas diretamente pelo Poder Público, sendo a participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde somente admitida em caráter complementar. Contudo, *in casu*, vê-se que a Administração Municipal, com as Chamadas Públicas para Convênio nºs 07/2013 e 01/14, deseja transferir às Organizações Sociais a administração de 5 (cinco) unidades de saúde pública do Município de Taubaté, fato que evidencia a existência de indícios suficientes de abuso na transferência para a iniciativa privada da gestão pública de saúde. Ante o exposto, concedo a antecipação dos efeitos da tutela, para suspender os trâmites administrativos referentes aos Editais de Chamamento Públicos nºs 07/2013 e 01/14, bem como os eventuais atos sucessivos com o escopo de terceirizar as unidades de saúde descritas em referidos editais, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00" (págs. 19-21 do documento eletrônico 15). A liminar foi confirmada à unanimidade em acórdão proferido pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado: "AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação Civil Pública Insurgência contra o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela que visava determinar à Municipalidade de Taubaté a suspensão dos trâmites administrativos referentes aos Editais de Chamamento Públicos nºs 07/2013 e 01/14, bem como eventuais atos sucessivos com o escopo de terceirizar as unidades de saúde descritas em referidos editais - Decisório que não merece subsistir. Presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência: o art. 197 da Constituição Federal e o art. 24 da Lei nº 8.080/90 determinam que as ações e serviços de saúde devem ser executados diretamente pelo Poder Público, sendo a participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde somente admitida em caráter complementar Administração Municipal que deseja transferir à entidade filantrópica e sem fins lucrativos a administração de 5 (cinco) unidades de saúde Presença de

indícios suficientes de abusos na transferência para iniciativa privada da gestão pública de saúde Ademais, faz-se necessário esclarecer a denúncia de que uma servidora, investida em cargo de confiança da prefeitura, seria gestora de uma das entidades sem fins lucrativos ou filantrópicas interessadas em atuar no segmento - Decisão reformada - Recurso provido" (pág. 8 do documento eletrônico 26). Na presente suspensão, o Município de Taubaté aduz que: "Não há nos autos elementos que permitam concluir que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional postulada na inicial da ação civil pública, aliás carregada de preceitos ideológicos, esteja em consonância com as disposições do artigo 273 do Código de Processo Civil, tal como demonstrado pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, visto que os requisitos de verossimilhança, prova inequívoca, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação não estão presentes nos autos, até mesmo porque a Municipalidade está agindo nos estritos termos legais, amparada na Constituição Federal e também na legislação Municipal" (pág. 8 do documento eletrônico 2). Assim, ressalta que: "A própria Câmara Municipal ao responder indagação do Sr. Prefeito acerca da existência de vedação expressa para que o Município firme Termo de Convênio com entidades filantrópicas nos termos da Lei Municipal 4.752/13, foi expressa ao dizer que: A Lei Municipal 4.752, de 17 de abril de 2013, dispõe sobre a qualificação de Entidades como Organizações Sociais e dá outras providências. Não há nos termos da referida norma, qualquer menção a celebração de convênios, apenas a instrumentalização de contrato de gestão com entidades que porventura preencham as exigências nela discriminadas. Ademais, como é do conhecimento de V. Exa., contrato de gestão e convênio são instrumentos distintos na origem e na finalidade. Por fim, salientamos que não há menção na lei municipal à figura de qualificação como entidades filantrópicas e sim como Organizações Sociais, institutos também distintos" (págs. 8-9 do documento eletrônico 2). Assevera, ainda, que "os atos administrativos praticados pela Municipalidade de Taubaté são absolutamente legais no que tange à publicação de edital de chamamento para celebração de convênio na área da saúde em atividade complementar com entidade filantrópica e sem fins lucrativos, complementando a gestão de pessoal, material e equipamentos dos prontos atendimentos previstos no referido edital" (pág. 9 do documento eletrônico 2). Consigna, a propósito, que "a manutenção da decisão do Des. Relator do Agravo ora impugnada caracteriza uma grave lesão à ordem econômica e à saúde, pois com tal ingerência o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e o Ministério Público ilegalmente extrapolam os limites de suas competências e investem-se em efetivos administradores públicos, ferindo preceitos constitucionais, bem como ignorando a legislação municipal e a própria Constituição da República, sendo que os atos administrativos praticados pela Municipalidade estão em perfeita consonância com os ditames legais. Tal ingerência acarreta gravíssima afronta às políticas públicas em uma área já absolutamente sensível que é a saúde pública, ordenadas e planejadas pela Municipalidade, colocando em risco futuras ações governamentais e, pior, a saúde e a economia pública do Município e, em última análise, o munícipe taubateano" (pág. 10 do

documento eletrônico 2). Requer, ao final, “a concessão urgentíssima da suspensão da liminar deferida pelo Des. Relator do Agravo de Instrumento n. 2065998-90.2014.8.26.0000 da 8a Câmara de Direito Público do TJSP, com fundamento no artigo 4º, par. 7º, da Lei 8.437/92 e arts. 197 e 199, par. 1º, da CF88, em virtude da plausibilidade das razões invocadas e urgência na concessão da medida, já que os efeitos nefastos decorrentes da manutenção da decisão impugnada se agravam com o decurso do tempo, trazendo lesão à saúde pública, à ordem administrativa, à economia pública, todas ligadas à área de saúde do Município e ferindo frontalmente o interesse público dos municípios de Taubaté e a declaração de que os efeitos da suspensão da liminar perdurarão até o trânsito em julgado da ação civil pública que tramita, em primeira instância, na Vara da Fazenda Pública de Taubaté, a teor do disposto no par. 9º, do artigo 4º, da Lei 8.437/92” (pág. 18 do documento eletrônico 2). Em sua manifestação, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo apresentou preliminar pelo não cabimento da presente suspensão, já que não apresentada anteriormente ao Presidente do Tribunal local, que seria competente para apreciá-la. Quanto à matéria de fundo, consigna que “(...) através de edital de Chamada Pública para convênio com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, ato esse que de forma alguma se caracteriza como modalidade de licitação (a propósito, vide art. 22 da lei federal nº 8.658/93), sem prévia autorização da Câmara local e em afronta à norma municipal que veda terceirização de equipamentos públicos de saúde e educação, tenta transferir à iniciativa privada os cinco maiores equipamentos municipais de saúde, a saber: 1 o Pronto Socorro Municipal de Taubaté; 2 Pronto Socorro Infantil (hoje em funcionamento no interior do Hospital Universitário local); 3 o Pronto Atendimento do bairro Gurilândia; 4 Pronto Atendimento do bairro CECAP e 5 Policlínica Municipal, responsáveis pelo atendimento de milhares de pessoas pobres, usuárias do SUS. E acrescenta que, como salientado em inúmeras passagens deste arrazoado, a possibilidade em se transferir à iniciativa privada o prêmio inerente à saúde pública, por imperativo constitucional, é COMPLEMENTAR, jamais prioritária, como o quer a entidade pugnante” (págs. 3 e 6 do documento eletrônico 25). Também registra que “(...) um convênio desse porte, que basicamente vai absorver mais que a metade dos recursos previstos para a saúde do município, não pode ser gerido a bel prazer do Executivo, sem fiscalização da Câmara ou de qualquer sombra de participação social. Esse Edital de Chamamento não cria nenhuma obrigação às entidades que serão contempladas com a incrível transferência de recursos públicos, equipamentos de saúde mais do que estratégicos e essenciais, servidores, bens públicos, etc,... em investirem para o aumento das unidades desses equipamentos, tão defasados diante da gigantesca demanda reprimida por saúde digna no município” (pág. 7 do documento eletrônico 25). Ao final, destaca que: “Tudo evidencia que os riscos aos valores genéricos de ordem pública, economia, segurança e saúde, bradados pela requerente em seu pedido suspensivo, serão concretizados com a dissimulada privatização dos cinco maiores equipamentos de saúde pública do município. Não há risco algum à ordem social na manutenção, em

domínio público, desses equipamentos, aliás, fato que vem se sucedendo há várias décadas. E requer a rejeição ao infundado pleito, mantendo-se a justa decisão proferida no agravo de instrumentos aludido” (pág. 8 do documento eletrônico 25). O Procurador-Geral da República apresentou parecer pelo indeferimento da medida de contracautela (documento eletrônico 26). É o relatório. Decido. Bem examinados os autos, registro, inicialmente, que a Suprema Corte é competente para conhecer diretamente do pedido de suspensão no presente caso, que trata, essencialmente, da constitucionalidade de programa municipal de transferência da gestão de equipamentos públicos de saúde à iniciativa privada, com fundamento nos artigos 197 e 199, §1º, da Constituição Federal. Ressalte-se, outrossim, que a liminar questionada foi concedida e, posteriormente, ratificada, em segundo grau de jurisdição, o que retira a competência do Presidente da Corte local para eventual apreciação da matéria. No entanto, pondero que a suspensão de liminar é medida excepcionalíssima, que se circunscreve apenas àquelas hipóteses de potencial lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, o que não ficou demonstrado nos autos. Com efeito, devem-se interpretar estritamente, e com o devido rigor, os requisitos para a concessão da suspensão de liminar. A interferência mínima do Supremo Tribunal Federal justifica-se pela necessária preservação da jurisdição que ainda será prestada pelo juízo e pelos tribunais competentes, considerado o mérito da demanda subjacente e toda a pirâmide recursal prevista pelo ordenamento jurídico pátrio. Transportando-se esse raciocínio para o caso em exame, tem-se que a concessão da contracautela não encontra apoio nos autos, porquanto a grave lesão à ordem econômica e à saúde deve estar demonstrada, e não apenas mencionada como consequência de uma suposta ingerência do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e do Ministério Público em matéria de competência do administrador público local. No ponto, destaco trecho elucidativo do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “o próprio texto da norma constitucional que a agravada [requerente] se utiliza para defender a legalidade da realização do convênio é expresso em afirmar que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde. Ocorre que, *in casu*, vê-se que a Administração Municipal, com as Chamadas Públicas para Convênio nºs 07/2013 e 01/14, deseja transferir a administração de 5 (cinco) unidades de saúde pública do Município de Taubaté, fato que evidencia a existência de indícios suficientes de excesso na transferência para a iniciativa privada da gestão pública de saúde (fls. 279/289)” (pág. 9 do documento eletrônico 26). No mesmo sentido aponto o seguinte excerto do parecer do Procurador-Geral da República: “Verifica-se, então, que a decisão impugnada em nada vulnera os valores da ordem, saúde e economia públicas, limitando-se a acautelar o patrimônio público municipal e a regularidade da gestão dos serviços de saúde do requerente. (...) Por outro lado, a transferência à iniciativa privada da gestão direta e posse estrutural dos cinco maiores equipamentos públicos de saúde do município, juntamente com a gestão de cerca de 10% do orçamento municipal conforme informado pela Defensoria Pública de São Paulo em sua manifestação, não

parece ser a única forma, nem a mais adequada, de promover as melhorias nos serviços de pronto atendimento em saúde que o requerente afirma necessárias. Por fim, o autor não conseguiu demonstrar a alegada economia aos cofres públicos decorrente da terceirização dos serviços de pronto atendimento em saúde, nem como a sua suspensão representaria lesão grave à economia pública capaz de justificar o deferimento da medida excepcional de contra cautela. O que se percebe, na realidade, é que o Município de Taubaté viu na terceirização dos equipamentos municipais de saúde uma resposta rápida ao problema de gestão de pessoas na Secretaria Municipal de Saúde. É o que se depreende do próprio pedido de suspensão onde o grande número de servidores com vínculo precário é utilizado para justificar a grave lesão tanto à saúde quanto à economia e ordem públicas" (pág. 10-11 do documento eletrônico 26). Ademais, a cautela recomenda que se apure a denúncia de que uma servidora investida em cargo de confiança da prefeitura seria gestora de uma das entidades sem fins lucrativos, ou filantrópicas, interessadas em atuar no segmento. Assim, se existente risco de dano à ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa, este seria inverso, não somente em razão da denúncia de fraude referida acima, senão também pelo fato de se tornar ainda mais onerosa a eventual reincorporação dos equipamentos municipais de saúde que se pretende terceirizar, considerando-se o estado de penúria sugerido pelo próprio requerente na inicial. Importante sublinhar, a propósito, que a liminar concedida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo apenas mantém a situação atual até o deslinde do feito, o que permite a apuração dos fatos e o estudo vertical da causa, com vistas a que se adote solução permanente e definitiva para o sensível tema em debate nos autos. Diante desse cenário, não está comprovado o perigo de grave lesão aos valores da ordem, saúde e economia públicas. Isso posto, indefiro o pedido de suspensão de liminar. Publique-se. Brasília, 16 de setembro de 2014. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – Presidente. (SL 790, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 16/09/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 19/09/2014 PUBLIC 22/09/2014)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO SANITÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 20/1998. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO NO AI N° 831.223-RG. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. 1. É incompatível com a Constituição norma que institui contribuição à saúde incidente sobre o valor de proventos e pensões de servidores públicos, no interregno das Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, consoante reafirmação da jurisprudência desta Corte feita pelo Plenário nos autos do AI nº 831.223-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 6/10/2011. 2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E COBRANÇA – ICS – CONTRIBUIÇÕES

MÉDICO-HOSPITALARES DE SERVIDORES INATIVOS E PENSIONISTAS – INCONSTITUCIONALIDADE – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 195, II E 40. §12, DA CF (EC 20/98) – INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – TAXA DE JUROS DE 1% AO MÊS – A PARTIR DO TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA A SER REALIZADA PELO INPC – INAPLICABILIDADE DO ART 1º-F DA LEI N. 9.494/97 COM REDAÇÃO PELA LEI N 11.960/2009 – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO EM RELAÇÃO AOS APELANTES WILSON LUIZ DA SILVA FILHO E BENEDITO AFONSO VIEIRA – LITISPENDÊNCIA – ART. 269, V, DO CPC – APELAÇÃO PROCEDENTE PARA OS DEMAIS APELANTES”. 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (RE 789555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO SANITÁRIO. APOSENTADORIA EM REGIME ESPECIAL. JURISDIÇÃO. Embargos de declaração no agravo regimental no mandado de injunção. Artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Aplicação analógica. Princípio da isonomia entre trabalhadores vinculados ao RGPS e servidores públicos sujeitos a regime previdenciário próprio. Competência das instâncias e dos tribunais, no âmbito de sua jurisdição, para decidir controvérsias acerca do exercício do direito à aposentadoria em regime especial. Embargos declaratórios acolhidos, sem efeitos infringentes. 1. No regime próprio do servidor público, além dos servidores submetidos a condições especiais de trabalho que prejudiquem sua saúde ou sua integridade física e dos portadores de deficiência (art. 40, § 4º, incisos I e III, da CF/88) – à semelhança dos trabalhadores vinculados ao RGPS (§ 1º do art. 201 da CF/88) -, o legislador constituinte optou por destacar os servidores públicos “que exerçam atividades de risco” (inciso II do § 4º do art. 40 da CF/88), tendo em vista a atividade policial (atualmente regulamentada pela LC nº 51/85). 2. No mandado de injunção, embora se faça alusão ao art. 40, § 4º, inciso II, da CF/88, se pretende aplicar, analogicamente, a Lei nº 8.213/91 na regulamentação do direito de servidor público à aposentadoria em regime especial. 3. Não se discute, no caso, se a regulamentação do art. 57 da Lei nº 8.213/91 comprehende ou não a atividade ou a função do servidor público. A omissão perpetrada na peça autoral não resulta em provimento além do pedido formulado nos autos. 4. A ordem injuncional foi deferida para i) reconhecer a mora legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da CF/88 e ii) viabilizar o exercício do direito constitucionalmente previsto, devendo a autoridade administrativa apreciar a efetiva submissão dos postulantes a agentes insalubres ou perigosos, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91. Não se determinou, em momento algum, se essa ou aquela atividade constitui fator de risco ou é insalubre para fins de aposentadoria em regime especial. 5. Compete aos juízos e aos tribunais, no âmbito de sua jurisdição, decidir controvérsias acerca do exercício do direito à aposentadoria em regime especial. 6. Embargos de declaração acolhidos

para o fim de prestar esclarecimentos. (MI 2077 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. AUTORIZAÇÃO PARA A COMERCIALIZAÇÃO, EM FARMÁCIAS E DROGARIAS, DE PRODUTOS DE CONSUMO COMUM E ROTINEIRO (ARTIGOS DE CONVENIÊNCIA). LEI FEDERAL nº 5.991/1973. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR, POR MEIO DE NORMAS GERAIS, SOBRE PROTEÇÃO E DEFESA À SAÚDE. OFENSA AO DIREITO À SAÚDE. INOCORRÊNCIA. POSICIONAMENTO ALCANÇADO PELO PLENÁRIO DESTA CORTE, À UNANIMIDADE, NO JULGAMENTO DA ADI 4.954/AC, REL. MIN. MARCO AURÉLIO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – A aferição de compatibilidade da norma estadual ora impugnada com os dispositivos constitucionais invocados – principalmente aqueles relativos às regras de repartição da competência legislativa entre os entes federados – não prescinde, em absoluto, do prévio cotejo entre o ato local contestado e a legislação federal mencionada. Ação direta conhecida. II – O Plenário, ao apreciar legislação acriana em tudo semelhante ao diploma objeto desta ação direta, assentou à unanimidade que a disciplina nela disposta – autorização para a comercialização de determinados produtos lícitos de consumo comum e rotineiro em farmácias e drogarias – não guarda relação com a temática da proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), visto que somente aborda, supletivamente, o comércio local. III – A Lei Federal 5.991/1973 não veda expressamente a comercialização de artigos de conveniência em drogarias e farmácias, e a exclusividade, por ela fixada, para a venda de medicamentos nesses estabelecimentos não autoriza interpretação que obste o comércio de qualquer outro tipo de produto. Atuação legítima da iniciativa legislativa estadual no campo suplementar. IV – É completamente destituída de embasamento a suposta correlação lógica, suscitada na inicial, entre a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias e o estímulo à automedicação. V – Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. (ADI 4949, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL. NEGATIVA DE COBERTURA POR OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE PRE-QUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 1. O prequestionamento da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. 2. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem respectivamente, verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na

decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissio da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” 3. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: “(...) A recusa ilegítima da cobertura médica pela operadora de plano de saúde em caso de gravidade e urgência enseja indenização por danos morais, pois intensifica a angústia já vivenciada por aquele que necessita de cuidados à sua saúde. (...) Em se tratando do dano moral, é prescindível esforço para demonstrar a respectiva ocorrência, porquanto a dor moral, ao contrário do dano material, não é diretamente mensurável do ponto de vista pecuniário. Essa heterogeneidade entre o dano moral e a expressão pecuniária fundamenta o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o dano material é reparável, ao passo o dano moral é passível apenas de compensação, pois é impossível, nesta última hipótese, a recomposição das partes ao estado anterior ao ilícito. A especificidade do dano moral reclama que sua quantificação realize-se pela análise de aspectos extrínsecos conjugados, dos quais se destacam, por um lado, a necessidade do reconforto da vítima, já que impossível o retorno ao estado de coisas anterior, e, por outro, a conveniência de se punir o responsável pela infringência da norma e causação do dano, a fim de evitar-lhe a reiteração. A comprovada falha na prestação de serviço, longe de ser um mero incômodo, causou profunda angustia ao recorrido e temor de risco a sua saúde. Sob estas diretrizes, tem-se como certa a ocorrência da dor moral alegada, típica de eventos como o descrito na inicial. No que se refere à fixação do valor da indenização, a quantia de R\$1.000,00 (um mil reais), deve ser mantida, apesar de não satisfazer as diretrizes acima traçadas, em observância ao princípio da proibição da reformatio in pejus. Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a sentença, inclusive pela invocação de seus próprios fundamentos.” 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 825150 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde. II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, a realização de tratamento médico por paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Portanto, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um,

de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. III – Em relação aos limites orçamentários aos quais está vinculada a ora recorrente, saliente-se que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. IV - Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 820910 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 03-09-2014 PUBLIC 04-09-2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 454/STF. PRECEDENTES. OFENSA REFLEXA. 1. O reajuste por faixa etária dos planos de saúde, quando sub judice a controvérsia, implica a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, bem como a interpretação de cláusulas contratuais, o que torna inviável o recurso extraordinário a teor do Enunciado da Súmula 454 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”. Precedentes: AI 633.761-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma DJe de 20/4/2012, e RE 797.343-AgR, Rel. Min. Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 25/03/2014. 2. *In casu*, o acórdão extraordinariamente recorrido manteve a sentença por seus próprios fundamentos, a qual julgou improcedente o pedido formulado nos seguintes termos: “Logo em havendo previsão expressa dos percentuais de aumento em caso de deslocamento da faixa etária no contrato firmado entre as partes, o que possibilitou a parte autora a opção de contratar ou não a ré, outra alternativa não resta senão a improcedência. Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação.” 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 810615 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-09-2014 PUBLIC 02-09-2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. ADMINISTRATIVO. ANVISA. Trata-se de “ação cível originária” que, ajuizada pelo Estado de Mato Grosso contra a União Federal e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, tem por objetivo a declaração de “(...) nulidade do ato administrativo consistente no apontamento do Autor no Cadastro Único de Convênio (CAUC), relativamente ao convênio nº 42/2000, firmado pela primeira Ré com o Autor por intermédio da segunda Ré (...).” Em sua contestação, a União Federal arguiu a preliminar de

ilegitimidade passiva “ad causam”, sustentando, em síntese, o que se segue: “II – ILEGITIMIDADE PASSIVA ‘AD CAUSAM’ DA UNIÃO Cumpre registrar a ausência de uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, substanciada na ilegitimidade passiva ‘ad causam’ da União. Esta não deve figurar no polo passivo da demanda instaurada, não havendo que se falar, no presente caso, em pertinência subjetiva, uma vez que não participa, por quaisquer dos órgãos da Administração Direta, da relação jurídica de direito material, porquanto o convênio foi firmado com a ANVISA. Como é cediço, a ANVISA é uma autarquia sob regime especial, pessoa jurídica de direito público diversa da União, criada pela Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999. Portanto, com atribuições e competências próprias legalmente definidas. O Ministério da Saúde não tem sobre este qualquer ingerência ou poder hierárquico, exercendo mera supervisão ministerial. A própria Carta da República Federativa do Brasil, em seu art. 87, parágrafo único, inciso I, expressa tal determinação (...).” (grifei) O Ministério Público Federal, em pronunciamento subscrito pelo eminentíssimo Procurador-Geral da República, Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, ao pronunciar-se pela extinção deste processo sem resolução de mérito, quanto à União Federal, formulou parecer que possui o seguinte conteúdo: “Trata-se de ação cível originária ajuizada pelo Estado do Mato Grosso contra a União e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em virtude da sua inscrição no CAUC, motivada pela não aprovação da Prestação de Contas do Convênio 42/00, celebrado entre si e a ANVISA. Sustenta, em síntese, que: i) a restrição imposta não foi precedida do devido processo legal, desrespeitando-se os princípios da ampla defesa e contraditório; ii) a responsabilidade pelo descumprimento do convênio é pessoal do gestor firmatário da avença, em virtude do princípio da intranscendência das medidas restritivas de direitos. O pedido cautelar foi deferido pelo Ministro Relator e referendado pelo Colegiado. Citada, a União apresentou contestação, afirmando, preliminarmente, que a responsabilidade pela gestão dos recursos públicos é de cada órgão ou entidade pertencente à Administração Pública Federal. Assim, assevera não dever ser conhecida a presente ação, por ilegitimidade passiva, dado não ter sido parte no convênio. No mérito, aduz argumentos no sentido da improcedência do pedido. A ANVISA não foi citada até o momento. Vieram os autos com vista à Procuradoria-Geral da República, para parecer no tocante à preliminar levantada pela União. Esses, em síntese, os fatos de interesse. Em primeiro lugar, registre-se que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a ocorrência de conflito federativo em situações nas quais se discute a inscrição dos Estados-membros nos cadastros federais de inadimplência, impossibilitando-se o repasse de verbas e a celebração de acordos de cooperação, convênios e operações de crédito entre esses Estados e entidades federais. Reconhecida, assim, a competência da Suprema Corte para examinar a presente ação, nos termos do art. 102, I, ‘f’, do texto constitucional. Cabe, no momento, tratar da ilegitimidade passiva da União, devidamente suscitada na contestação. E, nesse ponto, merece reparo o polo passivo da lide, haja vista que sua litisconsorte, a ANVISA, criada pela Lei 9.782/1999,

ostenta personalidade jurídica própria e natureza autárquica. Com efeito, o convênio cujo cumprimento ensejou a restrição que se pretende afastar prevê, como entidade concedente, somente a própria Agência, sem qualquer interferência ou interlocução da União. Nesse passo, a União, como regra, não atua de forma subsidiária à autarquia e, no particular, não há qualquer circunstância que autorizasse a superação da personalidade jurídica do ente da Administração Indireta. Desse modo, não há razões de ordem prática ou jurídica para a permanência da União como litisconsorte passiva. É procedente, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da União. Porém, subsiste o pedido no tocante à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Ante os fundamentos expostos, a PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA opina pela extinção do processo sem julgamento do mérito quanto à União, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, e pela sequência do feito em relação à ANVISA, cuja citação para contestar a inicial se faz necessária.” (grifei) Passo, desse modo, a examinar a questão preliminar suscitada nesta sede processual. E, ao fazê-lo, devo registrar, por relevante, que o Estado de Mato Grosso justificou, de maneira inteiramente adequada, as razões que caracterizam a plena legitimidade da União Federal para figurar no polo passivo da lide: “O Autor celebrou com a União, por intermédio da Anvisa, o Convênio nº 42/00, publicado no Diário Oficial da União nº 250E, de 29 de dezembro de 2000, cujo objeto consistia em ‘dar apoio financeiro para as ações da Vigilância Sanitária na Implantação do Serviço de Pesquisa de Resíduos de Pesticidas em Alimentos, no Setor de Toxicologia do Lacen/MT’, conforme se infere da Cláusula Primeira do referido instrumento. Para execução destas ações, avençou-se, na Cláusula Terceira, o emprego do valor de R\$ 579.271,00 (quinhentos e setenta e nove mil, duzentos e setenta e um reais), sendo R\$ 526.610,00 (quinhentos e vinte mil, seiscentos e dez reais) de responsabilidade da Ré e o restante do Autor. Na fase de prestação de contas do referido convênio, a segunda Ré entendeu, com apoio do Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde, que ‘foi constatado o cumprimento parcial das metas pactuadas no convênio 42/00’, tendo, assim, não aprovado as contas com base no art. 38, letras ‘a’ e ‘b’ do inciso II da IN/STN/MF nº 001/97, como se extrai do Parecer CCONV nº 077/2010 (anexo). Por meio do Ofício nº 762/2010-GADIP/ANVISA, de 11 de agosto de 2010, a segunda Ré determinou que o Autor devolvesse R\$ 1.950.008,16 (um milhão, novecentos e cinquenta mil, oito reais e dezesseis centavos), o que representa aproximadamente quatro vezes o valor repassado. Nessa mesma oportunidade, ressaltou que, se não fosse efetuado o recolhimento, seria feito o registro da inadimplência no Cadastro Único de Convênios (CAUC) e aberto processo de Tomada de Contas Especial, nos termos do § 4º do artigo 31 e inciso II, letra ‘a’ do artigo 38, ambos da IN/STN/MF 01/97. Mesmo mencionando que ainda seria instaurada a tomada de contas especial, onde pela primeira vez se possibilite o exercício do contraditório e da ampla defesa (L. 8443/92, art. 8º e 31), as Ré apontaram o Autor no cadastro de inadimplentes (CAUC), causando evidente prejuízo para a sociedade matogrossense. Como o convênio foi subscrito por

administrador que não mais se encontra no exercício do cargo, o Autor formulou perante a segunda Ré requerimento, em 05.10.2010, para excluir a sua alegada inadimplência no CAUC, em virtude do que expressamente dispõe o § 2º do artigo 5º da IN STN 01/97. A única resposta [verbal] obtida pelo Autor foi a de que a segunda Ré não apreciaria o pedido, que jaz sobre a mesa do presidente da autarquia federal até o momento. O fato é que, atualmente, o Autor se encontra impedido, por essa injusta restrição, de ultimar contratos de empréstimos com o BNDES, que possibilitarão a aquisição de microônibus para atender aos portadores de necessidades especiais e também para a construção da arena que abrigará jogos da Copa do Mundo de 2014, conforme se infere da anexa declaração expedida pelo Secretário de Estado de Fazenda. (...) Importa esclarecer, de início, que, nesta ação, o Autor não discute o mérito da prestação de contas do mencionado convênio, mas apenas a inserção do seu nome como inadimplente no Cadastro Único de Convênios (CAUC), por desrespeito a princípios constitucionais e às próprias regras que o regulamentam (Instrução Normativa STN nº 01/2005). Nem é preciso dizer que o apontamento da inadimplência no CAUC, por si, eclode efeitos prejudiciais ao Autor, que fica privado de firmar novos convênios, obter repasses e assinar contratos de empréstimo com instituições financeiras oficiais.” (grifei) Impende destacar, no ponto, que a União Federal determinou a adoção de medidas restritivas de direito, sendo-lhe imputável, por isso mesmo, o ato qualificável como lesivo ao direito vindicado pelo Estado autor (inscrição, no CADIN/SIAFI, do alegado débito). Tenho para mim, presente esse contexto, não assistir razão à União Federal, quando suscita questão preliminar concernente a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo desta “ação cível originária”. Esse mesmo entendimento, vale assinalar, tem sido observado por Juízes desta Suprema Corte (AC 3.282/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES –ACO 1.036/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – ACO 2.159/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.). Cabe observar, finalmente, no sentido ora exposto e ante a inquestionável procedência de suas observações, as seguintes passagens das decisões proferidas pelo eminentíssimo Ministro JOAQUIM BARBOSA e pela eminentíssima Ministra ROSA WEBER: “(...) Considero confirmada a alegada usurpação de competência desta Corte para conhecer de lide fundada em inequívoco conflito federativo. A discussão acerca da imposição de restrições, fundadas na violação das normas que asseguram a regularidade fiscal, financeira e econômica dos entes federados, coloca em posições antípodas os entes federados e a União. A pretensão dos estados-membros é amparada pela autonomia e demais aptidões conferidas pelo pacto federativo, isto é, pela proibição constitucional de que tais fundamentos essenciais do Estado Brasileiro sejam amesquinhados. Por seu turno, a legitimidade da União se firma em razão da competência que lhe é conferida para operar como órgão de centro que, em coordenação com os demais entes federados, tem a incumbência de garantir o respeito às regras que protegem os entes federados contra abusos e ações temerárias em matéria fiscal e financeira (...).” (Rcl 5.420/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei) “1. Não procede a alegação de ilegitimidade passiva da União

Federal, pois os cadastros de inadimplentes cujas inscrições se discutem nestes autos (CAUC/SIAFI/CADIN) são geridos por ela, resultando incontestável – ante os efeitos que tais cadastros irradiam nas relações entre os entes federativos, especialmente nas áreas de convênios, contratos administrativos e repasse de verbas federais –, a sua pertinência processual subjetiva para integrar demandas e relações jurídicas similares à presente. Precedentes desta Corte: ACO 2171 MC, de minha Relatoria, julgado em 12/08/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 16/08/2013 PUBLIC 19/08/2013, ACO 2159 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 30/05/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07/06/2013 PUBLIC 10/06/2013, AC 3282, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/02/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 01/03/2013 PUBLIC 04/03/2013. 2. Em casos análogos ao dos autos, ou seja, nos quais a União e/ou as autarquias federais inviabiliza(m) acordos de cooperação, convênios e operações de crédito com os Estados-Membros e respectivas entidades da administração indireta, mediante inscrição em cadastro de inadimplentes, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem reconhecido potencial conflito federativo, apto a atrair a aplicação do art. 102, I, f, da Magna Carta. A situação, aliás, é bastante corriqueira nesta Corte (AC 3389 MC-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 28-08-2013 PUBLIC 29-08-2013, AC 2973 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 06-03-2012 PUBLIC 07-03-2012).” (grifei) (ACO 2.484/MG, Rel. Min. ROSA WEBER – grifei) Sendo assim, em face das razões expostas, afasto a questão preliminar suscitada pela União Federal. 2. Especifiquem as partes, se for o caso, as provas que pretendem produzir, tendo em vista o que expressamente postularam nesta sede processual. Publique-se. Brasília, 08 de outubro de 2014. Ministro CELSO DE MELLO - Relator. (ACO 1674, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 08/10/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10/10/2014 PUBLIC 13/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. TERCEIRIZAÇÃO. Trata-se de ação cautelar incidental, com pedido de medida liminar, em que o autor busca ver atribuído efeito suspensivo a apelo extremo, admitido pela Primeira Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, interposto nos autos do processo nº 70057441859 (numeração única: 0468812068.2013.8.21.7000). O autor narra que, ao exame da ação direta de constitucionalidade nº 70057441859, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul declarou a constitucionalidade, por vício formal, da Lei Municipal nº 11.062, de 06.4.2011, que autorizou a instituição, sob a forma de fundação pública com personalidade de direito privado, do Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família – IMESF, incumbido de executar as ações de atenção primária do SUS na capital gaúcha. Nesse contexto, para

demonstrar a plausibilidade jurídica do pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, articula com: i) a relevância constitucionalmente qualificada das ações e serviços públicos de saúde; ii) a viabilidade de interpretar o art. 37, XIX, da Constituição da República como norma de eficácia contida, a prescindir, para sua aplicação direta e imediata, da existência de lei complementar definidora das áreas de atuação das fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado; e iii) subsidiariamente, se definido o art. 37, XIX, da Magna Carta como norma de eficácia limitada, considerar a recepção, à guisa de diploma integrativo, do Decreto-Lei nº 200/67, com status de lei complementar. Quanto ao perigo da demora, alega que eventual interrupção das atividades dos 1.671 profissionais vinculados ao IMESF, dentre médicos, enfermeiros, agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, redundaria em prejuízo à população de Porto Alegre e região metropolitana, com redução na eficiência das políticas públicas na área de saúde, em especial no tocante à realização de consultas médicas, consultas de pré-natal e visitas domiciliares, bem como na prestação de serviços de assistência social, nutrição e odontologia, acolhimento, teste do pezinho e distribuição de medicamentos. Agrega que as demais portas de acesso ao sistema de saúde pública da capital gaúcha, tais como as unidades básicas de saúde, as unidades de pronto atendimento e os hospitais, já laboram em sua capacidade máxima e, por tal motivo, não teriam condições de absorver atividades atualmente desempenhadas pelo IMESF. Por fim, em abono de sua pretensão, recorda precedente deste Supremo Tribunal Federal em que concedida a tutela de urgência para evitar o comprometimento da continuidade e da eficiência do serviço público. É o relatório. Decido. Uma vez demonstrado que o recurso extraordinário interposto pelo Município de Porto Alegre foi objeto de primeiro juízo positivo de admissibilidade, resulta instaurada a jurisdição cautelar deste Supremo Tribunal Federal. De outra parte, em juízo perfunctório, entendo presentes os requisitos para a concessão de medida liminar. No tocante ao fumus boni iuris, os fundamentos do apelo extremo admitido na origem sugerem a existência de repercussão geral sob o ponto de vista jurídico - considerado, inclusive, o trâmite, neste Supremo Tribunal Federal, da ADI nº 4197, em que discutida a constitucionalidade de leis estaduais sergipanas autorizadoras da instituição de fundações com personalidade jurídica de direito privado, para atuação na área de saúde -, bem como sob o ponto de vista social, presente a atividade de atenção à saúde da família desenvolvida pela fundação pública municipal porto-alegrense, com personalidade jurídica de direito privado, cuja lei autorizadora foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Por outro lado, no que diz respeito ao periculum in mora, entendo que o risco de interrupção do serviço de estratégia de saúde da família, atualmente desenvolvido pelo IMESF, com potencial de extinguir os vínculos empregatícios de centenas de empregados públicos, bem como de trazer previsíveis prejuízos à população da capital gaúcha, recomenda seja concedido, em caráter excepcional, efeito suspensivo ao apelo extremo do Município de Porto Alegre. Ante o exposto, defiro o pedido de medida

liminar, para conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Porto Alegre nos autos do processo nº 70057441859 (numeração única: 0468812068.2013.8.21.7000), em curso no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Citem-se os réus para, querendo, contestar os termos da presente demanda, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da juntada aos autos dos mandados de citação devidamente cumpridos (art. 802, parágrafo único, do Código de Processo Civil). À Secretaria Judiciária. Publique-se. Brasília, 08 de outubro de 2014. Ministra Rosa Weber – Relatora (AC 3711 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 08/10/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13/10/2014 PUBLIC 14/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.
Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, assim ementado: “CONSTITUCIONAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA E LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. FORNECIMENTO DE FÁRMACO DE ALTO CUSTO (INSULINA GLARGINA). PACIENTE PORTADOR DE DIABETES MELLITUS TIPO I. DIREITO. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva da União rejeitada, uma vez que, em matéria de saúde, é solidária a obrigação imposta aos entes federados, de modo que o ente federal deve figurar no pólo passivo do presente feito. 2. A existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (RE 566471/RN) não implica, necessariamente, o sobrestamento do feito. Precedentes do eg. STJ. 3. A promoção da saúde pública é, em face do art. 196 da Constituição Federal, dever do Estado a ser cumprido, nos termos da Lei nº 8.080/90, com a conjunta participação da União, dos Estados e Municípios. 4. Hipótese em que a autora, portadora de Diabetes Mellitus Tipo I, apresenta necessidade de tratamento com uso de medicamento denominado INSULINA GLARGINA (LANTUS), conforme laudo da médica que acompanha o caso e perícia realizada. Precedentes deste Regional em caso idêntico. 5. A alegação de que o pretendido medicamento não está presente na lista de fármacos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde – SUS é ilídima para afastar a obrigação solidária imposta aos entes acima elencados quanto à devida promoção da saúde. 6. A teoria da “reserva do possível” somente tem amparo quando demonstrado o sério comprometimento orçamentário oriundo do fornecimento do medicamento. 7. Remessa oficial e apelação improvida.” Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados. No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal, sustenta-se, em preliminar, a repercussão geral da matéria. No mérito, alega-se violação aos artigos 2º e 198 do texto constitucional. Argumenta-se, em síntese, que “(...) a execução direta dos serviços de saúde está fora do âmbito de competências da União, em função da descentralização da gestão do Sistema Único de Saúde e da atual política nacional de medicamentos(...)” (eDOC

2, p. 220) Decido. As razões recursais não merecem prosperar. Inicialmente, verifico que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento desta Corte Suprema no sentido de que há solidariedade entre os entes federativos para o fornecimento de medicamentos, podendo, inclusive, o requerente pleiteá-los a qualquer um dos citados entes. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: “DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE-AgR 738.729, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 25.6.2013) “AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTELATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido”. (RE-AgR 607.381, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.6.2012) Ademais, observo que o Tribunal de origem assentou, com base em fatos e provas, que houve o reconhecimento, por meio de laudo pericial acostado aos autos, que a recorrida é portadora de Diabetes Mellitus Tipo I (CID 10 E11.1), necessitando de tratamento, que consiste no uso de medicamento denominado INSULINA GLARGINA (LANTUS). Assim, para se entender de forma diversa, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento inviável de ser validamente adotado nesta via processual. Incide, portanto, a Súmula 279 do STF.

Nesse sentido, cito o AI 845.242, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 4.10.2011; e o ARE-AgR 827.931, Segunda Turma, Dje 25.9.2014, este último assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUBSTITUIÇÃO POR FÁRMACOS FORNECIDOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME DE PROVAS: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (arts. 21, § 1º, do RISTF, e 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 7 de outubro de 2014. Ministro Gilmar Mendes - Relator (RE 840193, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 07/10/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 09/10/2014 PUBLIC 10/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRANSPORTE. Trata-se de agravo interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado o Rio Grande do Sul que negou seguimento ao recurso extraordinário em face de acórdão ementado nos seguintes termos: “AGRAVO INTERNO. ECA. FORNECIMENTO DE TRANSPORTE. MENOR PORTADORA DE SÍNDROME DE EDWARDS. DEVER SOLIDÁRIO DO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. CABÍVEL O JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 557 DO CPC, EM FACE DO ENTENDIMENTO DA CÂMARA SOBRE A MATÉRIA. Os direitos à vida e à saúde prevalecem ante qualquer outro valor, afastada qualquer tese relativa às políticas de saúde, à organização do SUS e/ou falta de previsão orçamentária, entre outros, porquanto imperiosa a necessidade de pronto atendimento, com o fornecimento do transporte e estadia. RECURSO DESPROVIDO.” (fl. 406) Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados. No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal, sustenta-se, em preliminar, a repercussão geral da matéria. No mérito, alega-se, violação ao artigo 196 do texto constitucional. Sustenta-se, em síntese, que: “(...) não tem o Estado, lato sensu, o dever de subsidiar total ou parcialmente tratamentos particulares/conveniados. O dever que lhe é imposto pelo art. 196 CF/88 é o prestar atendimento igualitário a todos os cidadãos, estabelecendo para tanto as políticas públicas necessárias.” (fl. 440) Aduz-se, ainda, que “a decisão de encaminhar a paciente para o Estado de São Paulo não foi tomada pela Regulação Estadual, tampouco, foi a paciente avaliada por qualquer dos serviços especializados e centros de referência do SUS em cardiopatia congênita e, portanto, não há convicção da correção da indicação médica e da validade do tratamento proposto (conforme documentos fls. 101/102).” (fl. 453) Por fim, alega-se que o procedimento pleiteado era desnecessário, não havendo recomendação, para sua realização, de nenhum profissional médico consultado. Decido. As razões recursais não merecem prosperar. Segundo orientação sumulada do STF, não cabe recurso extraordinário para simples reexame de prova (Súmula 279).

Deve-se anotar que a reapreciação de questões probatórias é diferente da valoração das provas. Enquanto a primeira prática é vedada em sede de recurso extraordinário, a segunda, a valoração, há de ser aceita. Na espécie, a instância singular e a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, foram unâimes em concluir que a recorrida era portadora de cardiopatia congênita de comunicação intraventricular grande e pequena comunicação interatrial, bem como de Síndrome de Edwards ou Trissomia do 18 – CID Q91.3, conforme os atestados e laudos médicos acostados aos autos, e que necessitava de procedimento cirúrgico com urgência, bem como das despesas de transporte aéreo e estadia. Assim, para se entender de forma diversa, far-se-ia imprescindível a revisão dos fatos e provas analisados, o que não é possível nos termos da jurisprudência desta Corte. Nesse sentido, entre outras, as seguintes decisões: RE 165.460, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 19.9.1997; RE 102.542, Rel. Min. Djaci Falcão, 2ª Turma, DJ 27.9.1985; RE-AgR 593.550, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 27.2.2009; e AI-AgR 767.152, Rel. Min. Cármel Lúcia, 1ª Turma, DJe 5.2.2010. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF e 544, § 4º, II, “b”, do CPC). Publique-se. Brasília, 6 de outubro de 2014. Ministro Gilmar Mendes - Relator (ARE 839974, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/10/2014, publicado em DJe-198 DIVULG 09/10/2014 PUBLIC 10/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RE 597.064-RG. DEVOLUÇÃO DO PROCESSO AO TRIBUNAL DE ORIGEM (ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF). Decisão: O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da controvérsia sub examine, em que se discute a constitucionalidade da exigência legal de ressarcimento ao Sistema Único de saúde SUS das despesas com atendimento a pacientes beneficiários de planos de saúde, com fundamento no artigo 32 da Lei nº 9.656/98, nos autos do RE 597.064, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tema 345, Plenário Virtual, DJe de 10/12/2000. A decisão restou assim ementada: “Recurso Extraordinário. Administrativo. Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde SUS das despesas com atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde. Art. 32 da Lei 9.656/1998. Repercussão geral reconhecida.” *In casu*, o acórdão recorrido assim assentou “**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO.** Agravo Interno interposto de decisão monocrática que negou seguimento a apelação cível, mantendo sentença de procedência de denúncia da lide deduzida pela FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS em face de UNIMED PETRÓPOLIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. 1. Não se conhece em sede de apelo de impugnação à decisão interlocutória transitada em julgado. 2. Ainda que haja previsão de procedimento administrativo específico para reembolso de despesas médicas pela operadora de plano de saúde, havendo condenação judicial, o direito de regresso dever ser buscado em ação própria, o que

torna cabível a denuncia da lide. 3. Cumprida em sede de antecipação dos efeitos da tutela a obrigação disposta na sentença de a operadora de plano de saúde arcar com os custos de procedimento cirúrgico de seu cliente, não cabe reembolso à rede pública. 4. Recurso ao qual se nega provimento.” Verifica-se, portanto, que a matéria abordada pelo acórdão recorrido será examinada pelo Plenário desta Corte quando do julgamento de mérito do leading case supra mencionado. Ex positis, PROVEJO o agravo, para desde logo, ADMITIR o recurso extraordinário e, com fundamento no artigo 328, parágrafo único, do RISTF (na redação da Emenda Regimental 21/2007), determino a devolução do feito ao Tribunal de origem, para que seja observado o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil.” Publique-se. Brasília, 30 de setembro de 2014 Ministro LUIZ FUX - Relator (ARE 804813, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 30/09/2014, publicado em DJe-194 DIVULG 03/10/2014 PUBLIC 06/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ATENDIMENTO DOMICILIAR (HOME CARE). Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – ASSISTÊNCIA MULTIDISCIPLINAR DE SAÚDE (PETROBRÁS) – NEGATIVA DE ATENDIMENTO DOMICILIAR (HOME CARE) - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM QUE SE MANTÉM - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTES DO TJERJ - DECISÃO CONCESSIVA DE TUTELA ANTICIPADA QUE SE MANTÉM. 1. Insurge-se a agravante contra decisão judicial que deferiu a tutela antecipada para que fornecesse o atendimento domiciliar - home care - que o agravado necessita. 2. Ré - agravante que afirmou ser da competência da justiça estadual processar e julgar causas relativas à Assistência Multidisciplinar de Saúde (AMS), a qual, muito embora seja objeto de acordo coletivo de trabalho, não atrai a competência da Justiça Trabalhista. Precedentes do TJERJ. 3. Aplicam-se aos planos empresariais, tal qual a AMS - Petrobras, as normas de Proteção e Defesa do Consumidor. O beneficiário arca com parte do custo da assistência médica. Não há discussão do acordo coletivo de trabalho, mas de prestação de serviço de assistência à saúde de trabalhador, sendo, portanto, discussão acerca de obrigação contratual. 4. Aplicação, ao caso sub examine, da legislação protetiva do consumidor, diante da natureza da prestação do serviço em discussão na demanda principal. Precedentes do TJERJ. 5. Nos termos da súmula 59, do TJRJ, somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos, o que não se vislumbra no caso. 6. Manutenção da decisão que concedeu a tutela antecipada para que a ré fornecesse o atendimento domiciliar—home care. NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, COM ESPEQUE NO ART. 557, CAPUT, DO CPC.” O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição. A parte recorrente alega violação aos arts. 5º, XXXV; 93, IX; e 114, I, da

Constituição. A decisão agravada negou seguimento ao recurso sob o fundamento de que “o atento exame das razões recursais revela que o recorrente pretende, por via transversa, a revisão de matéria de fato, apreciada e julgada com base nas provas produzidas nos autos.” O recurso extraordinário não pode ser conhecido, tendo em vista sua interposição contra acórdão que confirmou decisão que deferira pedido de tutela antecipada, portanto, de natureza precária. Assim, não preenche o requisito do art. 102, III, da Constituição Federal, que prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, “mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância”. Nesse sentido, veja-se a ementa do AI 674.531-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Ayres Britto: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO QUE MANTEVE DECISÃO QUE INDEFERIRA PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE JUÍZO CONCLUSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. APELO EXTREMO QUE NÃO SE AMOLDA AO INCISO III DO ART. 102 DA MAGNA CARTA DE 1988. PRECEDENTES.” Agravo regimental desprovido. Incide, no caso, a Súmula 735/STF: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.” De qualquer forma, para chegar a conclusão sobre a competência diversa daquela estabelecida pelo Tribunal de origem, seriam necessários o reexame de fatos e provas e a análise das cláusulas contratuais. Nessa condições, a hipótese atrai a incidência das Súmulas 279 e 454/STF. Veja-se a ementa do RE 725.094-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Plano de saúde mantido pela Petrobras. Natureza da relação jurídica. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. As instâncias de origem concluíram, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor e nos fatos e nas provas dos autos, que a relação existente entre a ora agravada e o plano de saúde mantido pela agravante tem natureza consumerista, razão pela qual afastou a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento do feito. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 3. Discussão, ademais, que não prescinde do exame de cláusulas contratuais. Incidência da súmula nº 454/STF. 4. Agravo regimental não provido.” Outros precedentes: ARE 712.869-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; ARE 675.920-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RE 723.210-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE 664.537-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki. Quanto às alegadas ofensas aos arts. 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição, o Plenário deste Tribunal já assentou o entendimento de que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões. Nesse sentido, reconhecendo a repercussão geral da matéria, veja-se a ementa do AI 791.292-QO-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes: “Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O

art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.” Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 1º de outubro de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso – Relator (ARE 831720, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 01/10/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 07/10/2014 PUBLIC 08/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Trata-se de agravo de instrumento cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A HIPOSSUFICIENTES DETERMINADO PELA LEI 8080/90 – DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO – CONCESSÃO DA ORDEM.” O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte sustenta a ocorrência de violação aos arts. 2º; 5º, caput, LIV e LXX; 167 e 196, todos da Constituição. A decisão agravada negou seguimento ao recurso sob os seguintes fundamentos: (i) “o argumento calcado na alegação de ofensa ao artigo 2º, da Constituição da República, não se sustenta. O supramencionado dispositivo constitucional não impede que o Poder Judiciário se manifeste sobre a legalidade e/ou abusividade de ato administrativo discricionário”; (ii) “alegações de ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, como na espécie vertente (Código de Processo Civil), não viabilizam recurso extraordinário”; e (iii) “alegada ofensa aos artigos 167 e 196, da Constituição da República, seria reflexa”. O recurso extraordinário não merece ser provido, tendo em vista que o acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, esta Corte assentou que apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. Nessa linha, veja-se trecho da ementa da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no RE 271.286: “O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir,

ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República." No mesmo sentido: ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; e AI 824.946-ED, Rel. Min. Dias Toffoli. Em segundo lugar, é pacífico neste Tribunal o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Nesse sentido, veja-se: "Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (SL 47-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário) Em terceiro lugar, esta Corte tem se posicionado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido, ao assentar que, "ainda que alguns medicamentos não integrem o rol trazido pela listagem padronizada, não há como afastar a conclusão de ser a vida o bem maior perseguido" e concluir que "nenhum motivo se apresenta apto a obstar o reconhecimento do direito dos associados da Impetrante ao fornecimento do medicamento nominado na petição inicial, nos termos da prescrição médica apresentada". Nesse sentido, vale citar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, na STA 175- AgR: "[...] em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a improriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso." Em quarto lugar, verifica-se que o acordão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. Diante disso, infere-se que o Estado é parte legítima para figurar no polo passivo de ações voltadas a esse fim, independentemente de eventual inserção dos demais entes federativos como litisconsortes passivos da

demandas. Nessa linha, veja-se a ementa do RE 626.382-AgR, julgado sob a relatoria da Ministra Rosa Weber: “DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. DECISÃO EM SENTIDO DIVERSO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREARAM A DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 21.01.2010. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. As razões do agravio regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, nem tanto no que se refere à reelaboração da moldura fática constante do acórdão recorrido, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Precedentes. Agravio regimental conhecido e não provido.” Em quinto lugar, também é entendimento do Supremo Tribunal Federal que cumpre aos entes federativos o papel de destinar recursos orçamentários que garantam a implementação de políticas públicas de saúde. Veja-se, nesse sentido, a ementa do RE 607.381-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Luiz Fux: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTELATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custear-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravio regimental no recurso extraordinário desprovido.” Quanto ao art. 5º, LIV, da Constituição, incide a jurisprudência do Plenário deste Tribunal no sentido de

que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões. Nesse sentido, reconhecendo a repercussão geral da matéria, veja-se a ementa do AI 791.292-QO-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes: “Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.” Quanto à alegada violação do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, o Plenário Virtual deste Tribunal, ao apreciar o AI 800.074, Rel. Min. Gilmar Mendes, decidiu pela ausência de repercussão geral da matéria relativa aos requisitos de admissibilidade de mandado de segurança (Tema 318). Veja-se a ementa do julgado: “Requisitos de admissibilidade. mandado de segurança. Revisão. Recurso Extraordinário. Não cabimento. Matéria infraconstitucional. Inexistência de repercussão geral.” Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 26 de setembro de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso – Relator (ARE 795902, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 26/09/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 01/10/2014 PUBLIC 02/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE LEI MUNICIPAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Legitimidade, na hipótese, da utilização por Tribunal de Justiça de norma da Constituição Federal como parâmetro no controle de constitucionalidade por via de ação direta. Precedentes. 2. Reclamação a que se nega seguimento. 1. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, proposta pelo Município de Novo Hamburgo contra acórdão assim ementado: “**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. TRANSFORMAÇÃO DE AUTARQUIA EM FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. SERVIÇO DE SAÚDE.** Somente deverá ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Constituição Federal. O art. 37, XIX, da Carta da República exige para o caso de instituição de fundação por pessoa jurídica de direito público, a prévia existência de lei complementar que lhe defina a área de atuação. Lei municipal que disponha sobre a transformação de autarquia em fundação de direito privado usurpa competência fixada na Constituição, incidindo no vício de inconstitucionalidade. Precedente deste tribunal. PRELIMINAR REJEITADA POR MAIORIA. NO MÉRITO, JULGARAM PROCEDENTE. UNÂNIME.” 2. Em síntese,

alega a parte reclamante que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teria usurpado competência desta Corte ao apreciar a validade de lei municipal em face da Constituição Federal (CRFB/1988, art. 125, § 2º). 3. A presente ação foi distribuída por prevenção, em razão da vinculação com a Rcl 16.640, também de minha relatoria, proposta pelo Estado do Rio Grande do Sul e por seu Procurador-Geral. 4. É o relatório. Decido. 5. Embora não tenha sido juntada cópia da decisão reclamada, relevo a falha porque o documento encontra-se na Rcl 16.640. 6. Por envolver o mesmo caso, adoto aqui as razões expostas quando do indeferimento da liminar na Rcl 16.640: “8. O Supremo Tribunal Federal firmou sua orientação no sentido de que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, quando exercido pelos Tribunais de Justiça, deve limitar-se a examinar a validade das leis estaduais/municipais à luz da Constituição do Estado. No controle abstrato, apenas esta Corte pode usar como parâmetro a Carta Federal (CF/88, art. 102, I e § 1º; Lei nº 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I). Nessa linha, vejam-se, dentre outros: RE 421.256/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 347/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 508/MG, Rel. Min. Sydney Sanches. 9. Nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça baseie suas conclusões em norma constitucional federal que seja de reprodução obrigatória pelos Estados-membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais – afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local. Confiram-se, nesse sentido, os precedentes abaixo: ‘AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE. A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória. Agravo regimental provido.’ (RE 598.016 AgR/MA, Rel. Min. Eros Grau) ‘Controle concentrado de constitucionalidade de lei estadual ou municipal que reproduz norma da Constituição Federal de observância obrigatória pelos entes da Federação. Competência do Tribunal de Justiça, com possibilidade de interposição de recurso extraordinário se a interpretação conferida à legislação contrariar o sentido e o alcance de dispositivo da Carta Federal. Precedentes.’ (SL 10 AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa) ‘CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEI MUNICIPAL FRENTE À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. I. - Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, no Tribunal

de Justiça estadual, que tem por objeto lei municipal frente à Constituição estadual, reproduzindo esta normas de reprodução obrigatória. Cabimento do recurso extraordinário. II. - Precedentes do STF: Rcl 383/SP, Moreira Alves p/ o acórdão, DJ de 21.5.93; RE 190.985/SC, Néri da Silveira, Plenário; RREE 182.576/SP e 191.273/SP, Velloso, 2^a T. III. - Recurso extraordinário: efeito suspensivo: deferimento: ocorrência dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. IV. - Decisão do Relator referendada pelo Plenário. Agravo não conhecido.⁷ (Pet 2.788 AgR/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso) 10. No caso dos autos, a norma federal invocada foi o art. 37, XIX, da Carta da República, que dispõe: 'Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.'⁸ 11. Inserido em dispositivo explicitamente dirigido à Administração de todos os entes federativos, o inciso XIX estabelece um comando geral, aplicável, inclusive, aos Estados e Municípios. Parece-me claro, portanto, que se trata de norma de reprodução obrigatória. Naturalmente, seria possível discutir se está correta, ou não, a interpretação que lhe foi conferida na origem o que, como visto, é viável em sede de recurso extraordinário. No entanto, isso não infirma o fato de que, ao aplicar norma de reprodução obrigatória, o Tribunal de Justiça não invadiu competência desta Corte. 12. Ausente o *fumus boni iuris*, não há como se deferir a medida liminar neste momento. Ademais, eventual tutela de urgência pode ser obtida, conforme o caso, junto ao órgão competente para apreciar o recurso extraordinário.⁹ 7. Nesse sentido se orienta a jurisprudência deste Tribunal: "Agravo regimental em reclamação. 2. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Inocorrência. 4. Não configuração de usurpação quando os tribunais de justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais e estaduais em face de normas constitucionais estaduais que reproduzem regra da Constituição Federal de observância obrigatória. 5. Violiação à autoridade de decisão proferida pelo STF. 6. Não ocorrência. 7. Ato reclamado que não tem mesmo conteúdo de leis declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de ação direta de constitucionalidade. 8. Agravo regimental a que se nega provimento." (Rcl 12.653 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.06.2012 – destaque acrescentados) "AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO DE LEI MUNICIPAL REALIZADO POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PARÂMETRO CONSTITUCIONAL ESTADUAL QUE REPRODUZ NORMA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE NA ADI 347/SP. Não configura usurpação da competência desta Corte a fiscalização abstrata da constitucionalidade de lei municipal realizada por Tribunal de Justiça,

com base na Constituição do Estado, ainda que o parâmetro de controle estadual consista em reprodução de norma da Constituição da República de observância obrigatória. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.” (Rcl 2.130 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25.06.2014 – destaques acrescentados) 8. Tratando-se de norma de reprodução obrigatória pelas Constituições dos Estados, fica prejudicada a tese de violação ao acórdão proferido na ADI 409, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que reconheceu a invalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, a qual permitia ao respectivo Tribunal de Justiça efetuar controle abstrato de constitucionalidade, tendo como parâmetro norma com assento exclusivo na Constituição Federal. 9. Estando o feito suficientemente instruído, dispenso as informações, bem como o parecer ministerial, uma vez que, nos autos da Rcl 16.640, a PGR já opinou pela improcedência da reclamação, nos termos da fundamentação acima, e a matéria é conhecida deste Tribunal. 10. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento à reclamação, prejudicado o pedido liminar. Publique-se. Intime-se. Brasília, 08 de setembro de 2014 Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO – Relator (Rcl 17822, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 08/09/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 10/09/2014 PUBLIC 11/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. CONTRATO DE SAÚDE. CLÁUSULAS ABUSIVAS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO PREPARO NA SUA INTEGRALIDADE. DESERÇÃO DO RECURSO. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM A ADMISSÃO DO APELO EXTREMO. 1. O preparo do recurso deve ser comprovado no momento de sua interposição, sob pena de preclusão. Precedentes: o AI n. 848.655-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 11.11.2011, e o AI n. 538.346-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 05.12.2011. 2. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Conseqüentemente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “PLANO DE SAÚDE – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS – LIMITAÇÃO DE RISCO – CLÁUSULA QUE VEDA A REALIZAÇÃO DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA – NULA DE PLENO DIREITO – APLICABILIDADE DO CODECON – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO.” 4. Agravo DESPROVIDO. Decisão: Trata-se de agravo nos próprios autos interposto por Unimed São Lourenço - Cooperativa de Trabalho Médico, com fundamento no art. 544 do Código de Processo Civil, objetivando a reforma da decisão que inadmitiu seu recurso extraordinário manejado com arrimo na alínea a do permissivo Constitucional, contra acórdão prolatado pela

Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Itajubá-MG, assim ementado: “PLANO DE SAÚDE – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS – LIMITAÇÃO DE RISCO – CLÁUSULA QUE VEDA A REALIZAÇÃO DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA – NULA DE PLENO DIREITO – APLICABILIDADE DO CODECON – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO.” Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. Nas razões do apelo extremo, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 1º, IV, 5º, II, 170, IV, 174, 196 e 199, da Constituição Federal. O Tribunal a quo negou seguimento ao recurso extraordinário por entender que o apelo estava deserto. É o relatório. DECIDO. Ab initio, a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consecutariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). Não merece provimento o agravo. A decisão agravada está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o recorrente deve comprovar no momento da interposição do recurso o recolhimento do preparo, sob pena de deserção. Nesse sentido traz-se à colação julgados de ambas as Turmas desta Suprema Corte, verbis: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PREPARO. DESERÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (AI n. 848.655-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 11.11.2011). “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO PREPARO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESERÇÃO. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI n. 538.346-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 05.12.2011). Ex positis, DESPROVEJO o agravo, com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 30 de setembro de 2014. Ministro Luiz Fux - Relator (ARE 827054, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 30/09/2014, publicado em DJe-195 DIVULG 06/10/2014 PUBLIC 07/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. TRANSPORTE PÚBLICO. PASSE LIVRE. TRATAMENTO DE SAÚDE. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM A ADMISSÃO DO APELO EXTREMO. 1. A gratuidade no deslocamento para tratamento de saúde, quando sub judice a controvérsia sobre a obrigação pelo ente público, demanda a análise de normas infra-constitucionais e o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes: RE 571.050/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 19/11/2000, e AI 718.627/RJ, Rel.

Min. Cármem Lúcia, DJe de 7/8/2009. 2. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 3. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 4. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consequentemente se inexiste questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 5. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “Obrigação de Fazer. Passe gratuito. Lide disparada em face do Município do Rio de Janeiro e FUNLAR. Documentos acostados aos autos comprovando que o Autor é portador de tuberculose multirresistente, CID A 15.0”. Declarações realizadas no ano de 2008, quando o Suplicante ainda se encontrava em tratamento contínuo de sua doença. Informação recente do hospital de que o Autor recebeu alta medicamentosa em 13/04/2009, e manterá acompanhamento clínico, radiológico e bacteriológico de três em três meses, por tempo indeterminado. Recorrente residindo no bairro de Maria da Graça e situando-se o hospital onde faz seu tratamento no bairro de Jacarepaguá. Forçoso concluir que não se mostra demasiada a distância entre os dois bairros acima consignados. Necessidade de comparecimento do Autor ao hospital apenas quatro vezes ao ano, não caracterizando, assim, a necessidade de custeio pelo Município do transporte para o seu deslocamento. Valor por ele despendido não é capaz de prejudicar sua subsistência ou manutenção econômica de sua família. Forçosa a rejeição do pedido autoral, o que se declara, entretanto por fundamentos diversos dos esposados pela R. Sentença a quo, conforme acima consignado. Recurso manifestamente improcedente. Aplicação do art. 557 do CPC c. c. Art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Tribunal. Negado Seguimento.” 6. Recurso extraordinário DESPROVIDO. Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto por CARLOS ALBERTO BASTOS GONÇALVES, manejado com fundamento no permissivo constitucional em face do acórdão proferido pela Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado, in verbis: “Obrigação de Fazer. Passe gratuito. Lide disparada em face do Município do Rio de Janeiro e FUNLAR. Documentos acostados aos autos comprovando que o Autor é portador de tuberculose multirresistente, CID A 15.0”. Declarações realizadas no ano de 2008, quando o Suplicante ainda se encontrava em tratamento contínuo de sua doença. Informação recente do hospital de que o Autor recebeu alta medicamentosa em 13/04/2009, e manterá acompanhamento clínico, radiológico e bacteriológico de três em três meses, por tempo indeterminado. Recorrente residindo no bairro de Maria da Graça e situando-se o hospital onde faz seu tratamento no bairro de Jacarepaguá. Forçoso concluir que não se mostra demasiada a distância entre os dois bairros acima consignados. Necessidade de comparecimento do Autor ao hospital apenas quatro vezes ao ano, não caracterizando, assim, a necessidade

de custeio pelo Município do transporte para o seu deslocamento. Valor por ele despendido não é capaz de prejudicar sua subsistência ou manutenção econômica de sua família. Forçosa a rejeição do pedido autoral, o que se declara, entretanto por fundamentos diversos dos esposados pela R. Sentença a quo, conforme acima consignado. Recurso manifestamente improcedente. Aplicação do art. 557 do CPC c. c. Art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Tribunal. Negado Seguimento.” Nas razões do apelo extremo sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação aos artigos 1º, III, e 196 da Constituição Federal. O Tribunal a quo admitiu o recurso extraordinário. É o Relatório. DECIDO. Ab initio, a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consecutariamente se inexiste questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). A controvérsia foi decidida à luz da interpretação da legislação infraconstitucional pertinente (Lei Orgânica do Município) e com apoio no conjunto fático-probatório dos autos. A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que a violação constitucional dependente da análise de malferimento de dispositivos infraconstitucionais encerra violação reflexa e oblíqua, tornando inadmissível o recurso extraordinário. Ademais, não se revela cognoscível, em sede de Recurso Extraordinário, a insurgência que tem como escopo o incursionamento no contexto fático-probatório engendrado nos autos, porquanto referida pretensão não se amolda à estreita via do apelo extremo, cujo conteúdo restringe-se à fundamentação vinculada de discussão eminentemente de direito, face ao óbice erigido pela Súmula 279/STF de seguinte teor, verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Neste sentido, RE 571.050/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 19/11/2000 e AI 718.627/RJ, Rel. Min. Cármén Lúcia, DJe de 07/08/2009, cuja ementa a seguir transcrevo: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. PASSE LIVRE EM TRANSPORTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE LEI INSTITUIDORA DO BENEFÍCIO. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”. Ex positis, DESPROVEJO o recurso extraordinário, com fundamento no artigo 21, §1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 9 de setembro de 2014. Ministro LUIZ FUX – Relator (RE 828002, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 09/09/2014, publicado em DJe-177 DIVULG 11/09/2014 PUBLIC 12/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. REGULAÇÃO. ANS. Vistos. UNIMED FORMIGA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA interpõe recurso extraordinário, fundado na letra a do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional da Segunda Região, assim ementado: “TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEI Nº 9.961/2000. TAXAS. COBRANÇA INDEVIDA. PODER DE POLÍCIA (ARTIGO 78 DO CTN).

AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA (INEXISTENTE). INCONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. A questão gira em torno da constitucionalidade e da legalidade da Taxa de Saúde Suplementar – TSS, instituída pela Lei nº 9.961/2000. A Constituição vigente inclui a “saúde” no Título da Ordem Social e no Capítulo da Seguridade Social. De acordo com o seu art. 196. A Lei nº 9.656/98, que dispôs sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e a referida Lei nº 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. O mesmo preceito instituiu a referida Taxa de Saúde Suplementar, determinando, no seu artigo 18, como fato gerador, o exercício do poder de polícia que foi atribuído à Agência Nacional de Saúde. A Taxa é uma espécie de tributo que “têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”. Não há que se falar em inexistência de contraprestação para efetivar o exercício do poder de polícia. Não há a exigência de que este poder seja efetivo ou específico. O Poder de Polícia encontra-se bem definido no referido art. 78, do CTN, supra transcrito, estando evidenciado na atividade da ANS de regular, controlar e fiscalizar as atividades das prestadoras de serviços de saúde suplementar. Também, não resta dúvida acerca da natureza da exação em questão. A taxa, que além de estar legitimada pelo poder de polícia delegado a ANS, não tem base de cálculo própria de imposto. No que se refere à base de cálculo utilizada no inciso I, do art. 20, da Lei nº 9.961/2000, não há qualquer óbice ao parâmetro utilizado para quantificar o valor da taxa referente ao exercício do poder de polícia a incidir sobre as operadoras de plano de saúde. Não houve afronta ao princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “b”, da CF). Tanto do ponto de vista material, como também, do formal, tendo em vista o disposto no inciso XXIII, do art. 22, da CF (“Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXIII – seguridade social”) não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na cobrança da Taxa de Saúde Suplementar – TSS. Negado provimento à apelação. Sentença mantida. No recurso extraordinário articula-se, preliminarmente, afronta ao art. 93, IX e art. 5º, XXXV da Constituição Federal, em virtude da rejeição dos embargos de declaração opostos na origem. No mérito, foram destacadas as seguintes violações ao texto constitucional: (i) art. 5º, II e 150, I da Constituição, sob o argumento de que na instituição da Taxa de Saúde Suplementar (TSS) pela Lei nº 9.961/2000, “o legislador não procedeu à elucidação mínima da amplitude da lei, mesmo porque não definiu uma base de cálculo concreta para a TSS, adotando expressões lacunosas tais como ‘número médio de usuários’ e deixando de esclarecer, contudo do que se tratava e como seria calculado este ‘número médio’” (art. 20, inc. I, Lei 9.961/2000). Com isso, sustenta que ficou a cargo de ato infra-legal (RDC nº 10, art. 3º) suprir a lacuna legal, determinando a base de cálculo da taxa, em descompasso com a regra de competência instituída no art. 145, II, da Constituição; (ii) art. 145, II da Constituição, pois nos termos do art. 18 da Lei

nº 9.961/2000, foi instituída taxa em razão do poder de polícia, a qual, nos termos do referido dispositivo constitucional, somente pode ser exigida se houver o efetivo exercício do poder de polícia. Aduz que o art. 37 da referida lei dispôs que até que se efetivasse a implementação da ANS (ato futuro), a TSS seria recolhida ao Fundo Nacional de Saúde, donde se conclui que se destinou inicialmente a prover os cofres públicos amparada numa FUTURA (e portanto ainda não efetiva) fiscalização pela ANS das atividades exercidas no setor de saúde. Mesmo após a efetiva existência do órgão fiscalizador ANS, segundo a recorrente, seria necessária à exigência da taxa a efetiva e regular fiscalização por parte do órgão, não sendo suficiente a mera previsão legal; (iii) arts. 145, § 2º, 154, I e 146, III, a da Constituição. Num primeiro momento, a violação seria em razão do valor da taxa fixado em R\$ 2,00 (dois reais), por plano de saúde contratado. No caso, a lei estaria adotando como elemento quantitativo do fato gerador um dado relativo a atividade praticada pelo contribuinte, e não à atividade estatal prestada, violando o art. 145, § 2º da Constituição. Constatada a desvinculação do aspecto quantitativo da taxa com a atividade do poder de polícia, estaria ela assumindo um caráter de imposto e, consequentemente somente poderia ter sido instituído por lei complementar (art. 154, I e 146, III, a, CF); (iv) art. 150, III, "b" da Constituição, perquirindo sobre a possibilidade de exigência da TSS já no exercício de 2000, tendo em vista que a Lei nº 9.961, data de 28 de janeiro de 2000. Nesse contexto, restaria evidente que a exigência da taxa no mesmo exercício em que foi instituída revela-se maculada de inconstitucionalidade posto ser tal cobrança violadora do princípio da anterioridade. Decido. Em primeiro lugar, observo que a matéria contida nos arts. 93, IX e art. 5º, XXXV da Constituição Federal não foi objeto de debate e decisão prévios, carecendo do necessário prequestionamento. Ressalto que se afronta ao dispositivo constitucional surgir no acórdão (no caso dos embargos de declaração) necessário se faz a oposição de novos embargos, com o fim de forçar o Tribunal de origem a apreciar a questão. Incidência da Súmula 282/STF. No mérito, verifico que o cerne da controvérsia diz respeito ao aspecto quantitativo da Taxa de Saúde Suplementar (TSS) delineada na Lei nº 9.961/2000 e regulada na Resolução nº 10 da ANS. A insurgência se dá em face dos elementos caracterizadores da base de cálculo da TSS e a sua materialidade, qual seja o exercício do poder de polícia. Sobre o tema a jurisprudência da Corte é assente no sentido de que a questão envolvendo a Taxa de Saúde Suplementar, na conformação da Lei nº 9.961/2000, está afeta a legislação infraconstitucional, sendo que eventual afronta ao texto constitucional, caso ocorresse, seria meramente reflexa ou indireta. Nesse sentido: "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.961/00. MATÉRIA INFRA-CONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I O entendimento adotado por ambas as Turmas desta Corte é no sentido de que a discussão referente à

legitimidade da Taxa de saúde suplementar, instituída pela Lei 9.961/00, depende da análise de norma infraconstitucional e, por isso, a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Precedentes. II - A controvérsia sobre o momento de ocorrência do fato gerador da Taxa de saúde suplementar demanda o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedente. III - Agravo regimental improvido" (AI nº 745.649/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 15/6/11). "Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Tributário. Taxa de saúde suplementar. Matéria infraconstitucional. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE nº 592.506/RJ-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Dje de 29/4/11). "AGRADO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. O debate sobre a legitimidade da taxa de saúde suplementar demanda exame de legislação infraconstitucional, o que torna inadmissível o recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento (AI nº 634.885-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Dje 1/10/10)." "AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI Nº 9.961/2000. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. REEXAME FÁTICO. SÚMULA 279/STF. O acórdão recorrido considerou legítima a Taxa de Saúde Suplementar instituída pela Lei nº 9.961/2000. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o deslinde da controvérsia depende previamente do exame de legislação infraconstitucional. Precedentes. Não obstante a ausência de repercussão constitucional imediata, o acolhimento da pretensão importaria o revolvimento de fatos e provas para concluir pela inexistência de fiscalização ou inexistência de aparato administrativo apto a realizar a atividade de polícia em concreto. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE nº 601.105/RJ – AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 17/6/14) Com efeito, a conformação da Taxa de Saúde Suplementar (TSS) aos dispositivos constitucionais tidos por violados não encontra ressonância constitucional direta. Para fins de cabimento do recurso extraordinário importa notar a necessidade de análise da contenda à luz, em primeiro lugar da Lei nº 9.961/2000, no que concerne à adequação da sua base de cálculo e daquela definida na Resolução 10 e, em segundo, aos dispositivos do Código Tributário Nacional, notadamente os arts. 77, 78 e 97. Note-se, ainda, que outras questões envolvendo a existência de aparato administrativo ou o regular exercício da atividade fiscalizadora pela ANS, perpassam pela análise do conjunto fático probatório, o que é vedado a teor da Súmula 279/STF. Ante o exposto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 1º de setembro de 2014. Ministro Dias Toffoli - Relator (RE 542887, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 01/09/2014, publicado em Dje-193 DIVULG 02/10/2014 PUBLIC 03/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso extraordinário contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO DE 30 LEITOS PSIQUIÁTRICOS E CONTRATAÇÃO DE PESSOAL ESPECIALIZADO. I. A concretização das políticas públicas é ato discricionário da Administração Pública, baseado em decisões políticas e disponibilidade orçamentária. II. Inviável a imposição pelo Poder Judiciário de medidas ao Poder Executivo para se consolidar a pretensão da presente demanda, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes. APELAÇÃO DESPROVIDA.” (fl. 342). Insurge-se, no apelo extremo, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, contra alegada contrariedade aos artigos 1º, inciso III, 2º, e 198, da Constituição Federal. Apresentadas contrarrazões (fls. 369 a 379), o recurso extraordinário (fls. 348 a 365) foi admitido na origem (fls. 381/382). O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, Subprocurador-Geral da República, opina pelo provimento do recurso extraordinário (fls. 389 a 400). Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”. A irresignação não merece prosperar. Acerca da controvérsia ora apreciada, o voto condutor do acórdão recorrido dispôs, in verbis: “Restringindo-se ao caso concreto não pode o Poder Judiciário determinar as políticas públicas que devem ser adotadas pelo Poder Executivo. No caso, a determinação de criação de leitos psiquiátricos no Hospital São Pedro, implica inclusão de verba específica no projeto de lei orçamentária, interferindo na função privativa do Poder Executivo, quanto à sua iniciativa, também intervém na função do Poder Legislativo, impondo determinar como deve se dar o voto dos parlamentares na questão, o que é de todo inviável por se tratar de decisões de cunho eminentemente político. Desse modo, a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão do Estado na criação de uma política pública a satisfazer a contento o direito social, ora pleiteado, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Também a contratação de pessoal especializado, nos termos da Constituição Federal, importaria a realização de concurso público. Por fim, não houve comprovação de que o Estado do Rio Grande do Sul utiliza do erário em desvio de finalidade, atribuindo valores a questões menos essenciais. Destarte, a

adoção de critérios distributivos para os recursos públicos a satisfazerem tais direitos é atividade própria do Poder Executivo" (fl. 344). Destarte, embora possua esta Corte jurisprudência consolidada no sentido de ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, determinar, em situações excepcionais, que a Administração Pública adote medidas asseguratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, tal situação fática não foi reconhecida pela Tribunal de origem. O acolhimento da pretensão recursal, portanto, quanto à excepcionalidade da situação fática e quanto ao comprometimento da saúde pública no âmbito estadual, demandaria certamente o revolvimento de fatos e provas, cujo reexame é vedado na via extraordinária. Incide, para a espécie, a Súmula nº 279, desta Corte. Nesse sentido, os seguintes julgados: "(...) 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, Dje de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje de 08/09/10. 2. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes. AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármem Lúcia, Dje de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje de 22/10/2010. 3. A Súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 4. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. Precedentes: RE n. 389.096-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Dje de 25.09.2009 e AI n. 763.419-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 10.11.2010 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI nº 840.376/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, Dje de 1º/12/11) "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME DE PROVAS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas ns. 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. 2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI nº 718.547/SP- AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 7/11/08). Ante o exposto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 1º de setembro de 2014. Ministro Dias Toffoli - Relator (RE 650129, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 01/09/2014, publicado em Dje-193 DIVULG 02/10/2014 PUBLIC 03/10/2014)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. PRÓTESE. EXCLUSÃO DE COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA ABUSIVA. INCIDÊNCIA DO CDC. ENTENDIMENTO DO STJ. 1. Não há violação do art. 535 do CPC se o tribunal de origem motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese. 2. É firme a jurisprudência desta Corte de que a abusividade das cláusulas contratuais de planos de saúde pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor sem significar ofensa ao ato jurídico perfeito. 3. Não é possível a exclusão de cobertura relativa à prótese diretamente ligada ao procedimento cirúrgico a que se submete o beneficiário do plano de saúde. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 485.661/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 10/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA LIMITATIVA DE TRATAMENTO. ABUSIVIDADE. PATOLOGIA COM COBERTURA CONTRATUAL. 1. Havendo previsão contratual de cobertura de determinada patologia, é abusiva a restrição aos meios necessários ao sucesso do tratamento. Quem garante os fins deve dar os meios, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva e à vedação de comportamento contratual contraditório. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa. (AgRg no AREsp 341.956/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 07/10/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE CIGARROS. ART. 334, §1º, D, DO CÓDIGO PENAL. PRODUTO DE PROIBIÇÃO RELATIVA. AUSÊNCIA DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA. DELITO PLURIOFENSIVO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. Hipótese em que o condenado foi surpreendido realizando o transporte de grande volume de cigarros de origem estrangeira desacompanhados da documentação comprobatória da regular importação. 2. O cigarro é mercadoria de proibição relativa, cuja importação ou exportação clandestina configura delito de contrabando, que busca tutelar o interesse estatal no controle da entrada e saída de produtos, assim como a saúde e segurança públicas. 3. É irrelevante, desse modo, o lançamento de eventual crédito tributário porque o delito se consuma com a simples entrada ou saída do produto proibido. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1454586/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. RESPONSABILIDADE. UTILIZAÇÃO DE SANGUE OU HEMODERIVADOS CONTAMINADOS EM

TRATAMENTO DE HEMOFILIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. 1. Descabe o exame, em recurso especial, das assertivas de violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída ao STF. 2. Mesmo antes da CF/88, imputava-se à União a responsabilidade pela manutenção de uma rede de ações e serviços direcionados à saúde. Consentâneo com esse propósito, foi editada a Lei n. 4.701/65, que dispôs sobre o exercício da atividade hemoterápica no Brasil, atribuindo àquele ente a competência para legislar e controlar as práticas de tratamento com utilização do sangue e seus derivados. 3. A União tem legitimidade passiva na ação indenizatória fundada na contaminação pelo vírus da hepatite C supostamente ocorrida, na década de 1980, durante tratamento de hemofilia em unidade da Rede Nacional de Centros de Hematologia e Hemoterapia. Precedentes. 4. Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva da União para determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a fim de que prossiga no julgamento da apelação 5. Recursos especiais providos. (REsp 1479358/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PERMANENTE À ELETRICIDADE. 1. Nos termos do § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/91, é possível a conversão do tempo de serviço prestado sob condição especial em comum. 2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.306.113/SC, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, entendeu que “as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais”. 3. O direito ao reconhecimento do tempo de serviço prestado em tais condições como especial, e sua conversão em tempo comum, não pode ser tolhido pelo simples fato de não haver, no Decreto n. 83.080/79 e naqueles que o sucederam, discriminação específica dos serviços expostos à eletricidade como atividade perigosa, insalubre ou penosa. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1162041/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA DE EXAME MÉDICO EM CRIANÇA EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA (CATETERISMO CARDÍACO) - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO DO CONSUMIDOR PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, MAJORANDO O QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA ORIGEM.

INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Indenização por dano moral majorada para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), uma vez constatada a flagrante irrisoriedade do quantum fixado em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) na instância ordinária. Hipótese em que reconhecido o abalo extrapatrimonial decorrente da indevida recusa de cobertura financeira do exame médico invasivo de emergência (cateterismo cardíaco) a ser realizado em criança de tenra idade. Garantia da função pedagógico-punitiva da reparação. Enriquecimento sem causa da vítima não configurado. Observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 362.436/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 01/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO/DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ESTADUAL E DO TRABALHO. ARTIGO 5º, § 5º, DA LEI N. 7.347/1985. COMUNHÃO DE DIREITOS FEDERAIS, ESTADUAIS E TRABALHISTAS. 1. Nos termos do artigo 5º, § 5º, da Lei n. 7.347/1985: “admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.” 2. À luz do art. 128 da CF/88, o Ministério Público abrange: o Ministério Público da União, composto pelo Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e os Ministérios Públicos dos Estados. 3. Assim, o litisconsórcio ativo facultativo entre os ramos do MPU e os MPs dos Estados, em tese, é possível, sempre que as circunstâncias do caso recomendem, para a propositura de ações civis públicas que visem à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, inclusive de natureza trabalhista. 4. No caso, além de visar o preenchimento de cargos de anestesiologistas, em caráter definitivo, junto ao Complexo Hospitalar Universitário, mediante a disponibilização de vagas pela Administração Federal, e a possível intervenção do CADE, a presente demanda objetiva, também, o restabelecimento da normalidade na prestação de tais serviços no Estado do Rio Grande do Norte, em virtude da prática de graves infrações à ordem econômica, com prejuízo ao consumidor, à livre concorrência, domínio de mercado relevante, aumento arbitrário de preços, exercício abusivo de posição dominante, cartelização e terceirização ilícita de serviço público essencial. 5. A tutela dos direitos transindividuais de índole trabalhista encontra-se consubstanciada, no caso em apreço, pelo combate de irregularidades trabalhistas no âmbito da Administração Pública (terceirização ilícita de serviço público), nos termos da Súmula n. 331 do TST, em razão da lesão a direitos difusos, que atingem o interesse de trabalhadores e envolve relação fraudulenta entre cooperativa de mão de obra e o Poder Público, além de

interesses metaindividuais relativos ao acesso, por concurso público, aos empregos estatais. 6. Dessa forma, diante da pluralidade de direitos que a presente demanda visa proteger, quais sejam: direitos à ordem econômica, ao trabalho, à saúde e ao consumidor, é viável o litisconsórcio ativo entre o MPF, MPE e MPT. 7. Recurso especial provido. (REsp 1444484/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. POSSIBILIDADE. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDIÇÕES OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair doença. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. 3. Deve-se admitir a validade de reajustes em razão de mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 4. Tanto os contratos individuais/familiares denominados antigos, isto é, firmados antes de 2 de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei 9.656/98, quanto os contratos firmados após referida data e os adaptados a nova legislação, deverão prever expressamente as faixas etárias nas quais serão realizados os reajustes. Nos contratos novos, o valor atribuído a cada prestação de acordo com a faixa etária deve ser previamente informado ao usuário e constar expressamente do instrumento contratual. 5. Em relação aos contratos novos, a Lei 9.656/98, em seu art. 15, determina que caberá à ANS estabelecer as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas. Assim, para os contratos firmados entre 2 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, valem as regras da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998, que determina: observância de sete faixas etárias, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação de valor na contraprestação não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos que participe de um plano ou seguro há mais de dez anos. Já para os ajustes firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, incidem as regras da Resolução Normativa - RN nº 63, de 22 de dezembro de 2003, que prescreve: observância de dez faixas etárias, a última aos 59 anos; o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a

variação acumulada entre a sétima e décima faixas não pode ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, desprovido. (REsp 646.677/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida” - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for

garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido. (REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC CARACTERIZADA. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente. 2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que “O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas asseguratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes” (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012). 3. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias. 4. Deve ser afastada a aplicação da Súmula 7/STJ e reconhecido a ofensa ao artigo 333, I, do CPC. Isto porque a Corte de origem faz referência a vários elementos probatórios que induzem - em tese - a existência de dano ambiental, considerando, também, que durante a tramitação do processo ocorreu significativa melhora no sistema de destinação dos resíduos sólidos, em especial, com aprovação da lei municipal regulamentando o tema. No entanto, apesar disso, o pleito do Ministério Público Estadual foi indeferido em razão da ausência de provas. 5. Os autos devem ser devolvidos ao primeiro grau para que o juiz proceda à instrução levando-se em conta o art. 462 do CPC e a Lei n. 12.305/2010 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos), sobretudo à luz do art. 54. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1367549/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE PROFISSIONAL HABILITADO. DESNECESSIDADE.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou que, “embora o dispensário de medicamentos em unidades básicas de saúde não tenha sido expressamente incluído no rol do artigo 19 da Lei nº 5.991/73, é entendimento desta Turma que tais unidades se assemelham aos chamados “postos de medicamentos” e dispensam o registro no Conselho Regional de Farmácia e a manutenção de responsável técnico”. 2. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os dispensários de medicamentos não se sujeitam à exigência legal da presença de farmacêutico para funcionamento, requisito existente apenas com relação às drogarias e farmácias. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp. 1.110.906/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC. 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 518.115/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 24/09/2014)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – PRIMEIRA REGIÃO

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITARIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ANVISA. PODER DE POLÍCIA NA FISCALIZAÇÃO DOS PRODUTOS FUMÍGENOS, DERIVADOS DO TABACO. TAXA DE VIGILÂNCIA E FISCALIZAÇÃO SANITÁRIA (CF, ART. 145, II C/C OS ARTS. 77 E 78 DO CTN; LEI Nº 9.728/99, ART. 23, § 1º E RESPECTIVO ANEXO II, ITEM 9.1). INCIDENTE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO. I - A figura-se constitucional, legal e legítima a taxa de fiscalização sanitária da ANVISA, como prevista na Lei nº 9.728/99, art. 23, e respectivo anexo II, item 9.1, sendo observados os pressupostos tipificadores do poder de polícia inscrito no art. 145, inciso II e respectivo parágrafo 2º, da Constituição Federal e nos arts. 77, parágrafo único, e 78, parágrafo único, do Código Tributário nacional - CTN, para a fiscalização e controle das produtos fumígenos, derivados do tabaco, com gravíssimo potencial ofensivo ao direito fundamental à saúde de todos (CF, arts.196 e 197). II - A política nacional de combate ao tabagismo, visto como epidemia global, nos termos da Convenção-Quadro para o controle do tabaco, ratificada pelo Senado Federal, através do Decreto Legislativo 1.012, de 27/10/2005, e promulgada pelo Decreto presidencial 5.658, de 02/01/2006, legitima a complexa atividade do poder de polícia da ANVISA, na linha de eficácia dessa política internacional de fiscalização e controle dos produtos derivados do tabaco, em dimensão planetária e precautiva de proteção à saúde pública. III - A taxa de fiscalização sanitária da ANVISA, na complexa dimensão difusa de sua atividade vital e precautiva de poder de polícia, no controle do tabagismo, em todo o território nacional, com ramificações transfronteiriças, encontra amparo na Convenção-Quadro internacional em referência e não utiliza o faturamento das empresas de tabaco, como base de cálculo (base econômica

da tributação), mas, sim, como parâmetro de redução dessa atividade mortífera, a exigir alto custo no exercício regular desse poder de polícia, sem descurar do princípio da capacidade contributiva da empresa, em sua elevada lucratividade da indústria e do comércio tabagista, sem ofensas aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia tributária, sistematicamente prestigiados, na espécie. IV - Rejeitou-se, em questão de ordem, a aplicação literal do parágrafo 5º do art. 355 do Regimento Interno do TRF/1ª Região, na espécie dos autos. V - Declaração de inconstitucionalidade, pelo controle difuso, da disposição normativa constante do item 9.1 do Anexo II da Lei nº 9.728/1999, rejeitada. Decidiu a Corte Especial, por maioria, rejeitar questão de ordem para aplicação literal, na espécie, da norma do parágrafo 5º do art. 355 do RITRF/1ª Região, e, também, por maioria, rejeitou o incidente de declaração de inconstitucionalidade do item 9.1 do Anexo II da Lei nº 9.728/1999, na sistemática do controle difuso. (Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - em 03/04/2014. T250 - DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN)

DIREITO PENAL DA SAÚDE. DESVIAR RECURSOS FEDERAIS DESTINADOS AO CUSTEIO DA SAÚDE PÚBLICA EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO. DOLO NÃO COMPROVADO. 1. Para a configuração do delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67 é indispensável a presença do dolo de apropriação ou desvio de bens ou rendas públicas em proveito próprio ou alheio. (Precedente da Segunda Seção desta Corte) 2. O prefeito, na condição de chefe do Executivo municipal, é o principal responsável pelo gerenciamento e cobrança de valores referentes aos convênios do Sistema de Informações Ambulatórias do Sistema Único - SIA/SUS. A regularidade do funcionamento do posto de saúde, aliada à confiança depositada em seu diretor, responsável pelo preenchimento dos relatórios em termos técnicos, permite, contudo, afastar o dolo de desviar recursos públicos. 3. Apelação desprovida. (ACR 0007050-98.2009.4.01.4300 / TO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.918 de 10/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. AGENTE DE SAÚDE. MANUSEIO DESPROTEGIDO DE VENENO. OMISSÃO NO FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO PARA PROTEÇÃO CONTRA DDT. CONFIGURAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRINCÍPIO ACTIO NATA. TERMO INICIAL CONTADO DA DATA DO CONHECIMENTO DA LESÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. INVERSAO DO ÓNUS SUCUMBÊNCIAIS. APELAÇÃO PROVIDA. 1. O cômputo do prazo prescricional quinquenal, objetivando o ingresso de ação de indenização contra conduta do Estado, previsto no artigo 1.º do Decreto 20.910/32, começa quando o titular do direito lesionado conhece o dano e suas sequelas, segundo reza o princípio actio nata. Precedentes: AgRg

no REsp: 1369886/PE Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 20.05.2013; AC 0013010-49.2005.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, DJ de 16.05.2013. 2. Segundo a vasta jurisprudência deste Tribunal, a exposição desprotegida ao DDT por agentes de saúde pertencente ao quadro funcional da FUNASA, mediante comprovações do efetivo exercício na função, mas não necessariamente de exame toxicológico, enseja o ressarcimento a título de danos morais, por força do temor do potencial desenvolvimento de moléstias para o organismo. Precedentes: AC 0009155-97.2011.4.01.3000/AC, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 11.12.2013; AC 0009368-06.2011.4.01.3000/AC, Rel. Conv. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia, Quinta Turma, DJ de 26.09.2013. 3. A orientação jurisprudencial deste Tribunal, do STJ e à luz do princípio da causalidade, o encargo referente às despesas processuais, incide sobre aquele que deu causa à propositura do litígio, seja parte requerente, seja parte requerida. 4. Na hipótese, o autor, agente de saúde da FUNASA, trouxe aos autos comprovações evidenciando não só pertencer ao quadro de servidor público desta fundação pública como também o desprotegido contato dele com o pesticida, por força da profissão, caracterizando o temor notório e razoável por que passam esses agentes de saúde; o que autoriza o estabelecimento da quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), por ano de exposição ao DDT, a título de danos morais e o pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). 5. O Código de Processo Civil, artigo 20, § 3º c/c o § 4º, dispõe que, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, considerando para tanto o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. 6. Apelação a que se dá provimento para condenar a FUNASA aos pagamentos da indenização por dano moral, fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais) por ano de exposição ao DDT, e de honorários advocatícios atribuídos em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); montantes corrigidos segundo o Manual de Cálculo da Justiça Federal. (AC 0008711-05.2010.4.01.3807 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.1031 de 10/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE MINAS GERAIS E MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA DESINFLUENTE NESTE MOMENTO PROCESUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRELIMINARES REJEITADAS. I - O fenômeno da repercussão geral sobre a matéria em referência não influi na hipótese dos autos, neste momento processual, em que se encontra encaminhada pelo comando legal da urgência, previsto no artigo 1.211-A

do CPC. II - Prolatada a sentença de mérito, resta prejudicado o agravo retido interposto pelo Estado de Minas Gerais/MG contra a decisão interlocutória que deferiu “in limine litis” o pedido de antecipação de tutela, visto que já não mais subsiste tal decisão, sendo integralmente substituída pela sentença ulteriormente proferida. III - “O Codex Processual, entre outras medidas coercitivas, atribuiu ao juiz a faculdade de impor multa cominatória (astreinte) em desfavor do devedor (ainda que se trate da Fazenda Pública), tendo por escopo inibir o descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer (fungíveis ou infungíveis) ou de entregar coisa, sendo certo que a aludida pena pecuniária incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância” (REsp 1069441 / PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17/12/2010), sendo razoável o valor da multa cominatória fixada, na espécie. Agravo retido desprovido. IV - Não há que se falar, na espécie, em esvaziamento do objeto da presente ação, tendo em vista que a alegada padronização do medicamento não afasta o interesse de agir existente inicialmente, restando evidente que a fornecimento do fármaco solicitado somente foi possível em decorrência da concessão da liminar, favoravelmente, a parte autora. V - Em sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação e/ou tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros. VI - Ademais, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, “o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional” (RE 607381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209), não prosperando, assim, a alegação de ilegitimidade passiva. VII - Destaque-se, ainda, que na visão jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, “é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas

de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/ CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais,

condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que comprehende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descharacterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e

oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.” (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191) VIII - Em sendo assim, caracterizada, na espécie, a impossibilidade da autora de arcar com os custos do tratamento de sua enfermidade, o fornecimento do medicamento requerido, nos termos indicado pelo médico responsável pelo seu acompanhamento, é medida que se impõe, possibilitando-lhe o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes. IX - Na inteligência jurisprudencial deste egrégio Tribunal, “a possibilidade de a Defensoria Pública da União receber honorários de sucumbência em decorrência de sua atuação está expressamente prevista no art. 4º, inciso XXI, da Lei Complementar n. 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009” (AC 0013140-23.2006.4.01.3300/BA, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1 p.118 de 07/02/2012). X - Afigura-se cabível a condenação do Estado de Minas Gerais e do Município de Uberlândia no pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública da União, porquanto, nos termos do enunciado da Súmula nº 421 do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJe de 11/03/2010, somente não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. XI - Na hipótese em exame, constatando-se que os réus, ao não fornecerem o medicamento de que a autora necessitava, deram causa ao ajuizamento da presente demanda, afigura-se escorreita a condenação dos recorridos (Estado de Minas Gerais e Município de Uberlândia) no pagamento de honorários advocatícios fixados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pro rata, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com observância das normas contidas nas alíneas a, b e c do § 3º do aludido dispositivo legal, a fim de se evitar a fixação de verba honorária em valor irrisório ou excessivo. XII - Não se conhece da remessa oficial, nos casos em que a sentença monocrática estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 475, §3º). XIII - Prejudicado o agravo retido de fls. 65/70 e desprovido o agravo retido de fls. 112/116, ambos interposto pelo Estado de Minas Gerais. Remessa oficial não conhecida. Apelações do Estado de Minas Gerais, da União Federal e do Município de Uberlândia desprovidas. Sentença confirmada. XIV - Processo julgado na linha da prioridade legal estabelecida no artigo 1.211-A do CPC. (AC 0007815-03.2012.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.199 de 09/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HOME CARE. COBERTURA CONTRATADA. RECUSA INDEVIDA. DANO MORAL. CABIMENTO. I - Não se conhece de agravo retido quando não consta, nas razões ou nas contrarrazões do apelo, pedido expresso para sua apreciação (CPC, art. 523, §1º), como no caso. II - Assegurado contratualmente o serviço de internação domiciliar (home care), bem assim restando comprovado nos autos que o autor necessita de cuidados permanentes, devem ser assegurados ao beneficiário do plano de assistência à saúde os meios terapêuticos necessários ao seu pronto restabelecimento, assim como o fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento de sua patologia, nos termos estabelecidos no art. 31 do Regulamento do PASBC e no Manual de Critérios e Orientações do PASBC, minimizando-se, assim, o sofrimento e o desgaste físico do paciente, em franca homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, na espécie dos autos. III - Do mesmo modo, a suspensão indevida do serviço de internação domiciliar, essencial para o tratamento de autor, que sofre de seqüelas de AVC (acidente vascular cerebral), bem assim a angústia gerada no paciente pela súbita interrupção no fornecimento da medicação e da nutrição enteral, justificam certamente a reparação por danos morais. IV - Afigura-se razoável o arbitramento da indenização por danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem perder de vista o caráter sancionatório e pedagógico de tal condenação. V - Agravo retido do BACEN não conhecido. Apelação da parte autora provida. Remessa oficial desprovida. Sentença parcialmente reformada. VI - Processo julgado na linha da prioridade legal estabelecida no artigo 1.211-A do CPC. (AC 0008898-98.2005.4.01.3900 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.179 de 09/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO DE MUNICÍPIO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. SIAFI, CADIN, CAUC. JURISPRUDÊNCIA APLICADA. OBRAS CONCLUÍDAS. ARTS. 26, DA LEI 10.522/02 E 25, § 3º DA LC 101/2000. VERBAS DE NATUREZA SOCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. A legislação aplicada às transferências voluntárias federais (Lei 10.522/02, LC 101/2000, IN STN 01/97) prevê que, na existência de restrições junto aos cadastros de inadimplência, deve ser suspenso/a o/a repasse/liberação dos recursos provenientes dos convênios firmados. 2. No entanto, na espécie - em que se almeja o pagamento dos valores remanescentes dos contratos firmados - restou sobejamente comprovada a conclusão material dos objetos dos contratos por parte do município, situação que, à luz da razoabilidade e da isonomia, além da obrigatoriedade de se ater ao que foi pactuado, reclama o regular cumprimento dos negócios também por parte da União e da CEF. 3. Além disso, à luz da jurisprudência firmada, não é admissível que se obste, em razão da inscrição do município no SIAFI/CAUC, o repasse de recursos federais destinados

a “ações sociais e ações em faixa de fronteira” e “ações de educação, saúde e assistência social”, compreendendo-se no termo “ações sociais” todas aquelas voltadas à saúde, educação, saneamento, urbanização e melhorias em geral das condições de vida da população local. Precedentes. 4. Considerando tratar-se de obras destinadas à infraestrutura (pavimentação), evidenciado está o seu caráter social, vez que atreladas à área do saneamento básico, da urbanização, ao conceito de saúde preventiva e à melhoria da qualidade de vida da população, subsumindo-se ao conceito da expressão “ações sociais” firmado pela jurisprudência aplicada ao caso. 5. Com relação ao valor dos honorários advocatícios, considerando o trabalho e o grau de zelo do patrono da causa, o lugar de prestação do serviço, a sua natureza e importância, além do tempo exigido para o seu serviço, alicerçando-se numa apreciação equitativa e razoável, adequada a sua fixação no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para cada ré, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. 6. Apelações, remessa oficial e recurso adesivo a que se nega provimento. (AC 0007093-28.2009.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.175 de 06/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE/MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. INVENTO FARMACOLÓGICO. PATENTE. ANVISA. ANUÊNCIA PRÉVIA. LEI 9.279/1996. EXAME DOS REQUISITOS DE PATENTEABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. I - Preliminar de inadequação da via eleita que se afasta, pois não estão em discussão os critérios ou a forma como a ANVISA realiza o exame dos requisitos de patenteabilidade quando dos pedidos de anuência prévia, mas sim se ela teria competência para tanto, matéria eminentemente de direito e, portanto, possível de ser examinada pela via do mandado de segurança. II - Entidades Estatais não podem abandonar, alterar ou modificar os objetivos institucionais a que vinculados pela lei de criação/fundação - princípio administrativo da especialidade - CF art. 37, XIX. III - INPI - Leis 5.648/1970 e 9.279/1998 - finalidade de executar as normas que regulam a propriedade industrial. IV - ANVISA - Lei 9.782/1999 - finalidade de promover a proteção da saúde da população, por intermédio de controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. V - Lei posterior, cuja norma não tenha expressamente alterada a finalidade institucional, não pode acrescer rol de atribuições por mera interpretação extensiva ou integração. VI - Em questão de patente de fármacos não pode a ANVISA reavaliar os requisitos de patenteados, exceto no que diz respeito ao risco, ainda que apenas potencialmente, de causar mal à saúde ou quando houver dúvidas sobre a sua eficácia. VII - Não são patenteáveis o que for contrário à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde públicas. VIII - O objetivo maior da disposição contida no art. 229-C da LPI é possibilitar que a ANVISA, autarquia dotada de quadros funcionais mais bem preparados que o INPI em matéria de saúde pública, quando do exame da anuência prévia, possa

evitar o registro de produtos e processos farmacêuticos contrários à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde públicas. IX - A anuência prévia a que se refere o art. 229-C da LPI deve se limitar aos aspectos de saúde pública, já que somente ao INPI cabe verificar os requisitos técnicos de patenteabilidade. X - Parecer 210/PGF/AE/2009, de 16.10.2009, da Advocacia-Geral da União, no sentido de que não é atribuição da ANVISA promover exames (avaliação/reavaliação) dos critérios técnicos próprios da patenteabilidade (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial) e de que, para fins do art. 229-C da Lei 9.279/1996 (LPI), deve a agência reguladora atuar em conformidade com as suas atribuições institucionais, nos termos do art. 6º da 9.782/1999, quais sejam: impedir por meio do controle sanitário a produção e a comercialização de produtos e serviços potencialmente nocivos à saúde humana. XI - Eventual deferimento da anuência prévia ao pedido de patenteamento não implica em liberação do produto para a produção e comercialização, já que, no momento oportuno, a autarquia terá a oportunidade de avaliá-lo com base nos critérios necessários para o registro do produto constantes do art. 16 da Lei 6.360/1976, ocasião, inclusive, em que o pedido de registro poderá ser indeferido, caso não fique demonstrada a segurança e a eficácia terapêutica da droga. XII - Recurso de apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (AC 0036428-83.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.215 de 03/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO APOSENTADORIA INTEGRAL EM ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES OU PERIGOSOS. RUÍDO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO EM QUE O SERVIÇO É PRESTADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. 1. O tempo de serviço especial é aquele decorrente de serviços prestados sob condições prejudiciais à saúde ou em atividades com riscos superiores aos normais para o segurado e, cumpridos os requisitos legais, dá direito à aposentadoria especial. As atividades consideradas prejudiciais à saúde foram definidas pela legislação previdenciária, especificamente, pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 e 2.172/97. 2. A despeito da utilização dos equipamentos de proteção individual ou coletiva, vislumbra-se que tal fato não descaracteriza a condição especial do trabalho exercido pelo empregado, pois destinado à proteção da vida e da saúde do trabalhador. 3. O período de 13.03.1979 a 30.04.1999 foi reconhecido administrativamente pelo INSS como tempo especial - exposição ao agente nocivo ruído (fl. 41 e fl. 110). 4. O interstício de 01.05.1999 a 21.12.2005, de acordo com o formulário acompanhado do laudo técnico (fls. 29//34) e PPP às fls. 33/34, também deve ser reconhecido como especial, vez que o impetrante exerceu suas atividades laborativas exposto a intensidade de ruído prejudicial à saúde (superior a 90 dB). As atividades descritas têm enquadramento nos Decretos nºs 53.831/64 (itens 1.1.6 - ruído), 83.080/79 2.172/97 (itens 2.0.1 - ruído) e 3.048/99 (item 2.0.1 - ruído). 5.

Correção monetária e os juros moratórios: conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. 6. Apelação não provida. Remessa oficial parcialmente provida, nos termos do item 5. (AMS 0002288-44.2006.4.01.3815 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.200 de 30/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PROFISSIONAL DE ENFERMAGEM. PRESENÇA EM CLÍNICA MÉDICA COM REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS DURANTE O PERÍODO DE FUNCIONAMENTO. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. APELAÇÃO PROVIDA. 1. O art. 5º da Lei 7.347/85 elencou o rol dos legitimados concorrentes para a defesa daqueles direitos, nos quais se incluem as autarquias, em cuja categoria estão os Conselhos profissionais, uma vez que ostentam natureza autárquica, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.717/DF. Contudo, devem ter correlação entre a parte que detém legitimidade e o objeto da ação. Precedente do STJ: REsp 1388792 / SE RECURSO ESPECIAL 2013/0189123-3. Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 06/05/2014. Data da Publicação/Fonte DJe 18/06/2014 . 2. Hipótese em que o Conselho Regional de Enfermagem da Bahia pretende a manutenção de enfermeiro durante todo o período de funcionamento de Clínica Médica que realiza cirurgias, decorrendo daí a legitimidade ativa ad causam do autor. 3. Consoante entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, “A necessidade da presença de enfermeiro durante todo o período de funcionamento da instituição de saúde decorre de uma interpretação sistemática e lógica da lei, a qual não só reconhece suas funções como orientador e supervisor dos profissionais de enfermagem de nível médio (artigo 15 da Lei 7.498/1986), mas, também, sua competência privativa para os “cuidados de enfermagem de maior complexidade técnica e que exigem conhecimentos de base científica e capacidade de tomar decisões imediatas”, à luz do artigo 11, I, m, da Lei 7.498/1986. Nesse sentido: Numeração Única: 0017985-87.2005.4.01.3800. AC 2005.38.00.018176-7 / MG; APELAÇÃO CIVEL. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA. Convocado: JUIZ FEDERAL CLODOMIR SEBASTIÃO REIS (CONV.). Órgão: OITAVA TURMA. Publicação: 07/06/2013 e-DJF1 P. 1241. Data Decisão: 24/05/2013 4. Apelação a que se dá provimento. (AC 0000273-84.2009.4.01.3302 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.677 de 26/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DESCENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. UNIÃO, ESTADOS,

MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRELIMINAR REJEITADA. MULTA (ASTREINTES). DESCABIMENTO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Tanto a União quanto o Estado e o Município ostentam legitimidade para figurar no polo passivo de ação mediante a qual se busca o fornecimento de medicamento imprescindível à manutenção da saúde de pessoa carente, portadora de doença grave. Preliminar rejeitada. 2. A Constituição Federal de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Assim, conclui-se que é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovistas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas doenças, em especial as mais graves, não podendo a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei n. 8.080/1990 restringir essa responsabilidade, servindo ela, apenas, como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria e não pode ser óbice à pretensão da população ao reconhecimento de seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária. 3. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos Poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais (AgRg no REsp 1.136.549/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe de 21.06.2010). 4. Entendimento jurisprudencial autoriza a adoção de meios coercitivos contra a Fazenda Pública, nas hipóteses em que o cidadão pleiteia, em juízo, o fornecimento de medicamento de alto custo. Caso em que, todavia, não se constatam elementos fáticos que apontem para o injustificado descumprimento da decisão, cabendo à parte interessada alegar tal circunstância, o que não se verificou na hipótese dos autos, devendo, por isso, ser afastada a sanção coercitiva arbitrada em primeiro grau. 5. Sentença parcialmente reformada. 6. Apelação parcialmente provida, para afastar a aplicação da multa diária. (AC 0055434-35.2012.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.181 de 25/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. RECURSOS FEDERAIS PROVENIENTES DO SUS DEPOSITADOS EM CONTA ESPECÍFICA DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE TEFÉ/AM. AJUSTES NA CONDENAÇÃO. CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DA MULTA CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Os fundos municipais de saúde são alimentados por recursos federais provenientes do SUS, e têm a sua aplicação sujeita a fiscalização do TCU (art. 71,VI - CF), não procedendo a alegação de ilegitimidade

ativa ad causam da União, tampouco a de incompetência da justiça federal para processar e julgar a ação de improbidade administrativa. 2. O prazo prescricional para o caso é de 05 (cinco) anos, a contar do término do mandato eletivo, conforme estabelece o art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/92. Tendo ocorrido a reeleição do demandado para o mandato de prefeito, no período entre 2000 - 2004, apenas se inicia a contagem do prazo após o término do segundo mandato. A ação de improbidade, proposta em 2006, o foi em tempo hábil. 3. A diretriz do STF, a respeito da inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos, firmada nos autos da Reclamação 2.138-6/DF, aplica-se, tão-somente, ao caso debatido naqueles autos - em que Ministro de Estado figurava como réu -, uma vez que a decisão não foi proferida em controle abstrato de constitucionalidade, não possuindo, assim, efeito vinculante ou eficácia erga omnes. 4. A configuração dos atos de improbidade administrativa do art. 10 da Lei 8.429/92 exige, além da constância do efetivo dano ao erário, o elemento subjetivo, consubstanciado no dolo/culpa, pressupondo a conduta dolosa, intencional, a má-fé do agente ímparo. 5. Na hipótese, comprovou-se o cometimento de atos de improbidade causadores de dano ao erário: o ex-prefeito deixou assinados, em poder do Secretário de Finanças, cheques que foram sacados pelos demais demandados, em espécie, da conta corrente do Fundo Municipal de Saúde, não tendo os réus trazido aos autos nenhum documento que comprove a utilização dos recursos na área da saúde. 6. A multa civil, na ação de improbidade, com o sentido de um plus punitivo, deve ter valor compatível com a gravidade da falta, sistemática que, na hipótese, aconselha a sua redução, dadas as circunstâncias do caso, para 10% (dez por cento) do valor do dano. 7. Não é cabível a condenação em honorários na ação de improbidade administrativa, dada a simetria com o art. 18 da Lei da Ação Civil Pública. Se o Ministério Público Federal for vencido na ação, não são devidos os honorários, pois isso seria uma forma de não inibir os legitimados ativos na defesa dos interesses transindividuais. No inverso, também não cabe a condenação, seja por isonomia na peleja, seja porque o órgão não está legitimado a recebê-los, por expressa vedação constitucional (art. 128, § 5º, II, CF). 8. Provimento parcial da apelação. (AC 0005029-59.2006.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.542 de 24/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. PEDIDO DE REGISTRO DE MEDICAMENTO PARA A SAÚDE. APRECIAÇÃO ASSEGURADA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (CF, art. 5º, LXXVIII). I - Compete à Administração Pública examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência, da moralidade e da razoável duração do processo, conforme preceitua a Lei

nº 9.784/99 e os dispositivos insertos nos artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição Federal, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. II - Na espécie dos autos, não merece reparos a sentença monocrática que determinou que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA realizasse a análise do pedido de registro de medicamento para a saúde, no prazo legal. III - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (REOMS 0047376-79.2012.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.361 de 17/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ANVISA. LEI Nº 9.782/1999. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO. PODER GERAL DE CAUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. I - Embora a ANVISA tenha competência para “interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde”. (Lei 9.782/99, art. 7º, XIV), inclusive, em sede de medida cautelar, como no caso, tal medida deve atender, além dos princípios do contraditório e da ampla defesa, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo ser necessária e adequada ao caso concreto, o que não se vislumbra na hipótese dos autos. III - Apelação e à remessa oficial desprovidas. Sentença mantida. (AMS 0023003-23.2008.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1063 de 12/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PREVISTO CONTRATUALMENTE. INVOCAÇÃO DE CLÁUSULA LIMITATIVA DE FORNECIMENTO DE PRÓTESE, ÓRTESE (STENT) INDISPENSÁVEIS AO ÉXITO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. INOCUIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO. CONDUTA CONTRÁRIA À LÓGICA. PRECEDENTES. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS. 1. Na sentença, afastando-se cláusula contratual de plano de saúde, julgou-se procedente o pedido para “condenar as réis (Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais e UNIMED BH) à realização dos procedimentos médicos de angioplastia com implante, no autor, de 1 (um) stent coronário revestido, 2 (dois) stents auto-expansíveis para as artérias ilíacas e 2 (dois) stents auto-expansíveis periféricos suplementares”. 2. A pretensão visa a afastar cláusula restritiva de tratamento previsto no contrato celebrado entre a Caixa de Assistência e a UNIMED BH. Há, ainda, cumulação de pretensão condenatória à realização/fornecimento de procedimento médico. Quanto ao pedido declaratório sobre a cláusula contratual, parece óbvia a hipótese de litisconsórcio passivo necessário entre a Caixa de Assistência e a UNIMED

BH, haja vista que a pretensão atinge diretamente a esfera jurídica de ambas, sendo a relação jurídica, no ponto, incindível. 3. Quanto à pretensão condenatória, poder-se-ia aventar sobre responsabilidade solidária, que, de acordo com a jurisprudência, remete ao litisconsórcio facultativo. Isso, de todo modo, não retira a legitimidade da Caixa de Assistência ou da UNIMED BH para responder às pretensões porque, de acordo com o Código Civil, o credor tem direito de requerer a prestação de ambos os devedores solidários. 4. A Caixa de Assistência alega que somente a UNIMED BH teria dado causa ao “dano”, porquanto teria, unilateralmente, recusado o fornecimento do tratamento. Ocorre que o autor celebrou com a Caixa de Assistência um contrato de serviços de saúde, com expressa previsão de obrigação da entidade em prestar ao contratante os serviços tais. A Caixa não atua, portanto, como mera intermediadora entre o autor e a UNIMED BH e responde, pois, pelo inadimplemento das obrigações que assumira contratualmente. 5. As réis podem até discutir, entre si, sobre a extensão da culpa de cada qual e os efeitos dessa extensão no rateio do quanto condenatório, mas isso não afasta o direito do autor de exigir a prestação integral de ambas. 6. As réis insistem em que, se o contrato não prevê o fornecimento de stents, não podem ser condenadas a fornecer o tratamento. Alegam que, celebrado anteriormente ao advento da Lei n. 9.656/98 - marco regulatório dos planos de saúde -, o contrato não pode ser interpretado pelos princípios ali expressos ou implícitos. Sustentam, ainda, que não haveria relação de consumo, estando afastada, portanto, a incidência do Código de Defesa do Consumidor. 7. Ocorre que a fundamentação da sentença não precisa ser sustentada com base na Lei n. 9.656/98 ou no Código de Defesa do Consumidor. O substrato de procedência dos pedidos, na sentença, decorre de mera interpretação contratual. O que está dito é que atenta contra a lógica do direito (princípio da conservação dos contratos, v.g.) que a operadora e/ou prestadora de saúde, jungidas, por contrato, a custear procedimento cirúrgico (as angioplastias, no caso), invoquem cláusula restritiva ao fornecimento de equipamentos para se recusar ao custeio de material ou equipamento ou procedimento indispensáveis, justamente, ao êxito daquele procedimento cirúrgico. 8. A fundamentação da sentença está de acordo com o princípio subjacente aos precedentes sobre a matéria, v.g.: “está consolidado nesta Corte o entendimento segundo o qual é abusiva a cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde algum tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano. Precedentes. (...)” (AgRg no AREsp 190.576/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013) 9. Apelações e remessa oficial não providas. (AC 0029262-66.2006.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.308 de 10/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ENSINO. POLÍTICAS PÚBLICAS. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO

DE CURSO SUPERIOR (MEDICINA). COMISSÃO TÉCNICA DE ACOMPANHAMENTO DA AVALIAÇÃO (CTAA) DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR (SESu). IMPUGNAÇÃO. CONTRARRAZÕES NÃO APRECIADAS. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. A autorização para funcionamento de cursos superiores exige avaliação técnica de inúmeras variantes, que deve considerar as especificidades da área de conhecimento correspondente. Essas variáveis técnicas implicam uma deferência do Poder Judiciário à Administração, quanto ao mérito da correspondente avaliação. 2. Mas, o direito ao devido processo administrativo abarca também o direito de ser ouvido e, mais que isso, o direito do administrado de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar, ou direito de ver seus argumentos considerados, avaliando, séria e detidamente, as razões apresentadas, conforme voto do Min. Gilmar Mendes no MS/STF n. 24.268. 3. Pela leitura integral dos motivos da decisão da Autoridade administrativa que negou a autorização para funcionamento do curso superior de medicina, não houve qualquer consideração das contrarrazões apresentadas pela Faculdade no processo administrativo, nisso residindo a violação ao devido processo administrativo. Porém, não é o caso de imediatamente autorizar o funcionamento do curso pleiteado pela parte Autora/Apelante, pois a deferência do Poder Judiciário à Administração em matéria técnica e de política pública decorre do princípio da separação dos poderes e deve resultar em solução outra que não a pronta e imediata substituição do Administrador pelo Juiz. 4. A cautela na interdição do Judiciário em temas dessa natureza e que ainda toca uma política pública (garantia da qualidade de cursos superiores, especialmente na área das ciências da saúde) também decorre da limitação organizacional e funcional para resolver todos os aspectos de situação complexa, envolvendo matéria técnica específica. Mas isso deve se dar sem prejuízo total da função constitucional do Judiciário de proteger direitos, como se afigura o direito ao devido processo administrativo e a prerrogativa do administrado de ver seus argumentos considerados. 5. A intervenção judicial em política pública envolvendo matéria técnica complexa deve buscar fomentar e cobrar a observância estrita e comprometida ao devido processo administrativo, antes de avocar prematuramente para si a autoridade da palavra final sobre o mérito da questão. O Judiciário desempenha um papel deliberativo, quando demanda a prestação de contas dos outros poderes e assume a capacidade de servir como fórum para interação dos cidadãos com o Estado em relação aos seus direitos de forma ponderada. 6. Quando se passa a exigir da Administração que leve a sério as razões do administrado, como no caso das contrarrazões à impugnação à autorização do curso de medicina pleiteado pela parte Autora, então se pode viabilizar: que as próprias partes se debrucem sobre detalhes técnicos da política pública a ser executada para satisfação dos direitos em jogo; o controle compartilhado da dinâmica do processo e suas particularidades, ainda que haja constrangimento para se alcançar solução constitucional razoável para o problema; que a atividade decisória detalhada seja mantida predominantemente no foro do Executivo, estimulando a acomodação de

extremos, evitando a polarização; o respeito à capacidade de coletar informações e de obter avaliações técnicas de todos os pontos de vista, de considerar a multiplicidade dos interesses em jogo, de balanceá-los e fazer concessões e compromissos, sem ficar preso apenas à lógica adversarial; considerar os direitos dentro da gama diversificada de ponderações necessárias de uma política pública. 7. Enfim, ao exigir da Administração a consideração dos argumentos apresentados, a intervenção judicial estabelece que o Estado deve se comprometer significativamente com a situação em que há violação de direitos, por meio de atitude séria para uma solução razoável e tempestiva, antes de receber um veredito judicial substantivo. Sem a observância estrita do compromisso, ou seja, sem a prova de um compromisso significativo da Administração, o veredito substantivo pode ser judicialmente imposto, pois nesse caso a falha do Estado consiste, antes de tudo, em furtar-se à deliberação inerente ao devido processo administrativo. 8. Retornando à questão em julgamento, é o caso, então, de declarar a nulidade da decisão que negou a autorização para o funcionamento do curso superior de medicina pleiteado pela parte Autora/Apelante, mas sem anular toda a impugnação processada na via administrativa. E anular a decisão para que as contrarrazões apresentadas administrativamente pela parte Autora/Apelante sejam devidamente consideradas na decisão sobre a autorização de funcionamento do curso de medicina pleiteado. 9. A nova decisão a ser tomada pelo Julgador administrativo, além de avaliar séria e detidamente as contrarrazões à impugnação apresentadas pela parte Autora/Apelante, deve ser prolatada no prazo de 60 (sessenta) dias, conforme regra do artigo 49 da Lei n. 9.784/1999, sob pena de ser considerada nula de pleno direito a própria impugnação e, com isso, passar a valer para todos os fins o Relatório da Comissão de Avaliação que concluiu pela possibilidade de ser autorizado o curso de medicina pleiteado pela parte Autora/Apelante. 10. Assim, provimento parcial do recurso de apelação interposto pela parte Autora, para declarar a nulidade da decisão que negou a autorização para o funcionamento do curso superior de medicina pleiteado, concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para que a parte Ré/Apelada, por seu órgão competente, decida novamente sobre o pedido, avaliando séria e detidamente as contrarrazões à impugnação apresentadas, sob pena de nulidade da própria impugnação e validade plena do Relatório da Comissão de Avaliação que concluiu pela possibilidade de ser autorizado o curso de medicina pleiteado pela parte Autora/Apelante. Sucumbência recíproca. (AC 0001139-64.2011.4.01.4000 / PI, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Rel.Acor. JUIZ FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO (CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 p.667 de 28/08/2014)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – SEGUNDA REGIÃO

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. CONTRATO DE SEGURO POR INVALIDEZ PERMANENTE. CAIXA SEGURADORA S/A. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. NEGATIVA DE COBERTURA EM RAZÃO DE

SUPOSTA DOENÇA PREEXISTENTE. DESCABIMENTO. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS PRÉVIOS. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Em 29/05/2007, o autor contratou com a Caixa Econômica Federal e com a Caixa Seguradora S/A os seguros de vida nº 1.017.613.000.191-1 e nº 1.017.613.000.190-3, avaliados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) cada um e que previam coberturas securitárias no caso de invalidez permanente. Após ser aposentado por invalidez pelo INSS em 30/06/2008, em razão de doença cardíaca, o autor, em 24/07/2008, comunicou à Caixa Vida e Previdência a ocorrência do sinistro. Entretanto, o pagamento dos prêmios lhe foram negados, sob o argumento de que o segurado teria omitido informações no ato da contratação, em razão da sua doença ser preexistente a celebração do contrato de seguro. 2. O agravo retido interposto pela CEF, no qual pugna pela sua ilegitimidade passiva ad causam, não deve ser conhecido, tendo em vista que tal questão, por ser matéria de ordem pública, não se sujeita a preclusão, podendo ser analisada a qualquer momento, inclusive em sede de apelação, inexistindo, portanto, interesse na interposição do agravo. 3. A alegação da Caixa Econômica Federal a respeito da sua ilegitimidade passiva ad causam não merece prosperar, tendo em vista que a instituição financeira, líder do grupo econômico a que pertence a seguradora, que divulga o produto, recebe o valor do prêmio, presta informações e se utiliza de sua logomarca, instalações e prestígio para induzir o consumidor na crença de que com ela contrata, é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda relativa a contrato de seguro. 4. Não pode a seguradora se eximir de pagar a indenização securitária alegando que a doença é preexistente à contratação, se não exigiu exames clínicos prévios, bem como se não comprovar a má-fé do segurado. Se para celebrar o contrato de seguro não foi exigido exame médico atestando as reais condições de saúde do segurado, aceitando mera declaração deste, a seguradora assumiu o risco inerente a operações dessa natureza. 5. In casu, não tendo as apelantes tomado as devidas cautelas no momento da contratação do seguro, no sentido de realizar exames médicos prévios que atestariam a condição de saúde do candidato a segurado, bem como não se desincumbido do ônus de provar a má-fé do mesmo, devem arcar com o pagamento das apólices. 6. O inadimplemento contratual, por si só, não é fonte geradora do dano moral. Na presente hipótese, a recusa ao pagamento do seguro não caracteriza má-fé por parte das apelantes, tendo em vista que estas possuem o direito de discutir judicialmente o cumprimento do contrato, se possuem dúvida acerca da obrigação de indenizar. A circunstância de haver negado o pagamento por entender que a hipótese era excludente de cobertura não chega a representar comportamento suscetível de provocar reparação por danos morais. (Precedentes: STJ - REsp nº 200501814081. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Órgão julgador: 4ª Turma. DJe 19/04/2010; TRF2 - AC 200451100019939. Relator: Desembargador Federal José Antônio Lisboa Neiva. Órgão julgador: 7ª Turma Especializada. DJU 21/09/2012). 7. Ademais, apesar da negativa ao pagamento do seguro, não constam dos autos que o segurado tenha passado por algum tipo de dificuldade financeira. In casu, o autor já se encontrava usufruindo do benefício de aposentadoria por invalidez.

8. Agravo retido não conhecido. Dado parcial provimento às apelações da CEF e da Caixa Seguradora S/A, apenas para afastar o pagamento de indenização por danos morais. (200951040013640 - APELAÇÃO CÍVEL; DATA DE DECISÃO: 16/09/2014; RELATOR: ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL - DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS - UNIDADE HOSPITALAR COM MENOS DE 50 (CINQUENTA) LEITOS - PRESENÇA DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES DO STJ - REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. 1 - A Lei nº 5.991/73, ao dispor sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, estabeleceu, no art. 15, a obrigatoriedade da assistência de técnico responsável inscrito no Conselho Regional de Farmácia apenas para farmácias e drogarias; não impôs, aos hospitais que possuam em suas dependências dispensário de medicamentos, o registro no respectivo conselho ou a contratação de profissional farmacêutico. 2 - Não pode prevalecer a norma contida no § 2º do art. 27 do Decreto nº 793/93, vez que extrapola os limites legais, não se coadunando com o disposto nos arts. 5º, II, 37, caput, e 84, VI, todos da Constituição Federal de 1988. 3 - Incorreta a interpretação de que com a publicação da Portaria nº 4.283/10, do Ministério da Saúde, não mais existiria a figura do “dispensário de medicamentos” pelo fato daquela não especificar o critério para que determinada unidade hospitalar seja classificada como “pequena unidade hospitalar”. Vale salientar que, além de não competir à Administração criar obrigação não prevista em lei, também não tem o poder de fazer desaparecer conceitos fixados na legislação de regência da matéria. 4 - Não obstante a Portaria nº 316/77, do Ministério da Saúde, que estabelecia como pequena unidade hospitalar a que possuísse até 200 leitos (entendimento adotado pela Súmula nº 140 do extinto TFR), ter sido revogada pela Portaria nº 4.283/2010, o fato é que a Lei nº 5.991/73 faz expressa distinção entre dispensário de medicamentos, farmácia e drogaria, notadamente em razão das atividades exercidas em cada uma delas. 5 - O E. STJ, baseando-se em norma secundária exarada pelo Ministério da Saúde, quando do julgamento do REsp nº 1.110.906/SP, da relatoria do Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 07-08-2012, pelo regime do art. 543-C do CPC, ao interpretar a Súmula nº 140/TFR, considerou que o conceito de dispensário de medicamentos atinge somente a pequena unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, para efeito de afastar a obrigatoriedade da exigência de manter profissional farmacêutico. 6 - Precedentes desta Corte: AC nº 2010.51.09.000479-9 - Sétima Turma Especializada - Rel. Des. JOSÉ ANTÔNIO LISBOA NEIVA - e-DJF2R 13-06-2013; AC nº 2011.51.01.002572-4 - Sétima Turma Especializada - Rel. Des. Fed. JOSÉ ANTÔNIO LISBOA NEIVA- e-DJF2R 11-03-2013. 7 - Na hipótese, o número de leitos do estabelecimento hospitalar autuado não impõe a presença de um farmacêutico responsável legalmente habilitado no conselho competente.

8 - Remessa necessária desprovida. Sentença confirmada. (201351010147050 - REMESSA EX OFFICIO EM AÇÃO CÍVEL; DATA DE DECISÃO: 02/09/2014; RELATOR: MARCUS ABRAHAM)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR. CAARJ. FORNECIMENTO DE MATERIAL PARA CIRURGIA VERTEBRAL. COBERTURA NEGADA. 1. Em contratos de assistência médica e hospitalar, deve ser considerada abusiva a cláusula que exclui o fornecimento do material cirúrgico necessário à realização do procedimento, por ser insumo imprescindível à consecução dos fins contratuais (STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 427088, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 14.4.2014; TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 200651010202183, Rel. Des. Fed. MARCUS ABRAHAM, EDJF2R 21.5.2013). 2. Apelação não provida. EMENTA CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR. CAARJ. FORNECIMENTO DE MATERIAL PARA CIRURGIA VERTEBRAL. COBERTURA NEGADA. 1. Em contratos de assistência médica e hospitalar, deve ser considerada abusiva a cláusula que exclui o fornecimento do material cirúrgico necessário à realização do procedimento, por ser insumo imprescindível à consecução dos fins contratuais (STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 427088, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 14.4.2014; TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 200651010202183, Rel. Des. Fed. MARCUS ABRAHAM, EDJF2R 21.5.2013). 2. Apelação não provida. (200851010240685 - APELAÇÃO CÍVEL; DATA DE DECISÃO: 02/09/2014; RELATOR: RICARDO PERLINGEIRO)

DIREITO PENAL SANITÁRIO - IMPORTAÇÃO E EXPOSIÇÃO À VENDA DE PRODUTO SEM REGISTRO NA ANVISA E DE PROCEDÊNCIA DESCONHECIDA - MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS - FATO MODIFICATIVO DA PRETENSÃO PUNITIVA NÃO PORVADO - ART. 156 DO CPP - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - CONSTITUCIONALIDADE - PRECEDENTE DO STF - ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CONFIGURADO - DOSIMETRIA CORRETA - RECURSOS DESPROVIDOS. I - Os fundamentos judiciais foram acertados na análise das circunstâncias do art. 59 do CP, tendo o magistrado entendido que a culpabilidade, embora intensa, e os motivos, injustificáveis, não diferem de suas próprias elementares. II - O crime em questão é de perigo abstrato, para cuja configuração, basta que se verifique a imposição de potencial lesão ao bem jurídico, ou seja, do perigo abstratamente imposto à sociedade, independentemente da demonstração do risco efetivo advindo da importação dos medicamentos proibidos e da exposição à venda dos mesmos. A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal até o presente momento é no sentido da constitucionalidade do crime de perigo abstrato. Precedente. III - Materialidade comprovada pelos laudos periciais, que atestam que os produtos contêm princípios ativos utilizados como medicamento e que não foi

encontrado nenhum número, nos rótulos dos produtos, referente aos registros dos produtos pelo Ministério da Saúde; como também não foi encontrado qualquer registro no site da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). IV - A doutrina moderna vem se posicionando no sentido de que o erro de proibição guarda estrita relação com o “dever de informar-se”, mormente quando se trata de determinadas funções ocupadas por indivíduos específicos. No caso dos autos, trata-se de um homem que goza de suas faculdades mentais, jovem e capaz de estar informado sobre o panorama geral do mundo, e da necessidade de se informar quando for praticar atos da vida civil, mormente os de comercialização de produtos desta natureza. V - Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, tendo em vista que a situação do réu não atende ao requisito objetivo para a incidência do art. 44 do CP, de vez que sua condenação é superior a quatro anos, conforme determina o dispositivo II - Recursos desprovidos. (200850010150475 - APELAÇÃO CRIMINAL; DATA DE DECISÃO: 02/09/2014; RELATOR: MESSOD AZULAY NETO)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. OBRIGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL ENFERMEIRO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO. 1. Trata-se de apelação cível interposta pelo COREN/RJ contra sentença proferida nos autos da ação civil pública por ele ajuizada em face da União, que julgou os pedidos iniciais improcedentes. Trata-se ainda de agravos retidos interpostos pela ora apelante contra a decisão que indeferiu a devolução de prazo para especificação de provas e contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada. 2. O Conselho de Classe ajuíza a presente demanda objetivando provimento judicial que determine ao réu a adoção de medidas para contratação de 112 (cento e doze) profissionais enfermeiros e 142 (cento e quarenta e dois) técnicos de enfermagem, e o saneamento das irregularidades apontadas no Relatório Circunstanciado elaborado por agentes do Conselho em inspeção no Hospital de Cardiologia de Laranjeiras. 3. Negado seguimento ao primeiro agravo retido, interposto contra a decisão interlocutória que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela. A jurisprudência tem entendido que o agravo fica prejudicado, por perda de objeto superveniente, após a prolação da sentença no processo principal. 4. Segundo agravo retido improvido. Em relação à forma de intimação dos Conselhos de Classe, o entendimento consolidado pela jurisprudência é firme no sentido de que a benesse de intimação pessoal só se estenderá à entidade autárquica nas hipóteses de procurador autárquico stricto sensu ou em execução fiscal, não alcançando os advogados nomeados pela autoridade máxima do Conselho. Em relação ao cerceamento de defesa, as partes são responsáveis, desde a petição inicial, pela especificação das provas que pretendem produzir. 5. No mérito, a demanda deve ser julgada improcedente. A exigência feita pelo Conselho Regional de Enfermagem de contratação de profissionais de enfermagem não tem como ser imposta aos estabelecimentos de saúde, conforme a jurisprudência

consolidada desta Egrégia Sexta Turma Especializada, resultante da ponderação entre as competências legais atribuídas ao COREN/RJ e os limites constitucionais para o uso racionalizado das dotações orçamentárias. 6. Em relação aos demais pedidos, verifica-se que a ré vem tomando as providências cabíveis para sanar as irregularidades identificadas - fato incontrovertido na demanda, ante as conclusões do Relatório Complementar do COREN/RJ, que certificou a adoção das medidas por ele determinadas pelos profissionais do nosocomio. 7. Negado seguimento ao primeiro agravo retido e negado provimento ao segundo agravo retido e à apelação. (201151010104892 - APELAÇÃO CÍVEL; DATA DE DECISÃO: 01/09/2014; RELATOR: CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – TERCEIRA REGIÃO

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. PRENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. TERMO INICIAL. CONSECTÁRIOS. DECISÃO FUNDAMENTADA. I - Trata-se de agravos legais, interpostos pela Autarquia Federal e pela parte autora, em face da decisão, que nos termos do art. 557 do CPC, deu parcial provimento ao apelo da parte autora, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS a conceder-lhe o benefício de aposentadoria por invalidez, a partir de 01/08/2008 (data fixada pelo perito como de início da incapacidade). II - Sustenta o INSS, em síntese, que a parte autora não ostentava a qualidade de segurado. Afirma que inaplicável o disposto no artigo 15, §2º da Lei 8.213/91, pois não há documentos que comprovem que a parte autora estava no gozo de seguro desemprego. III - A parte autora, por sua vez, alega que a decisão merece reforma para fixar o termo inicial em 15.08.2007 data do requerimento administrativo, e para majorar os juros de mora e os honorários advocatícios. Além disso, ressalta que faz jus ao adicional de 25% sobre o valor do benefício. IV - Cuida-se de pedido de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. O primeiro benefício previdenciário está previsto no art. 18, inciso I, letra "a" da Lei nº 8.213/91, cujos requisitos de concessão vêm insertos no art. 42 do mesmo diploma e resumem-se em três itens prioritários, a saber: a real incapacidade do autor para o exercício de qualquer atividade laborativa; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado. Por seu turno, o auxílio-doença encontra sua previsão no art. 18, inciso I, letra "e" da Lei nº 8.213/91, e seus pressupostos estão descritos no art. 59 da citada lei, os quais arrola a seguir: a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado. Logo, o segurado incapaz, insusceptível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade laborativa ou afastado de seu trabalho ou função habitual por mais de 15 (quinze dias), que tenha uma dessas condições reconhecida em exame médico pericial (art. 42, § 1º e 59), cumprindo a carência igual a 12 contribuições mensais (art. 25, inciso I) e conservando a qualidade

de segurado (art. 15) terá direito a um ou outro benefício. V - Constam nos autos: extrato do sistema Dataprev, que informa vínculos empregatícios de 06/12/1976 a 28/02/2007, de forma descontínua. VI - A parte autora, serviços gerais, contando atualmente com 58 anos, submeteu-se à perícia médica judicial. VII - O laudo atesta o diagnóstico de “epilepsia” e “cegueira em um olho”, concluindo pela incapacidade “total e permanente para o trabalho”, desde “agosto de 2008”. VIII - Testemunhas ouvidas em audiência de 30/03/2011 relatam conhecer a requerente há vários anos, e que esta apresenta sérios problemas de saúde. IX - A requerente esteve vinculada ao Regime Geral de Previdência Social por mais de 12 (doze) meses, tendo em vista a documentação juntada aos autos. X - Cumpre analisar se manteve a qualidade de segurada, tendo em vista que manteve vínculo empregatício até 28/02/2007 e ajuizou a demanda em 28/04/2009. XI - O artigo 15, II, da Lei nº. 8.213/91 estabelece o “período de graça” de 12 (doze) meses, após a cessação das contribuições, em que o trabalhador mantém a qualidade de segurado. O disposto no §2º do artigo 15 da Lei nº 8.213/91 estende esse prazo para mais 12 (doze) meses para o segurado desempregado. XII - A ausência de registro no “órgão próprio” não constitui óbice ao reconhecimento da manutenção da qualidade de segurado. XIII - Considerando-se, ainda, que há inaptidão desde agosto de 2008, não há que se falar em perda da qualidade de segurada. XIV - Quanto à incapacidade, o laudo judicial é claro ao descrever a patologia da qual a parte autora é portadora, concluindo pela incapacidade total e permanente para o labor. XV - Considerando, pois, que a parte autora manteve a qualidade de segurada até a data da propositura da ação e é portadora de doença que a incapacita de modo total e permanente para a atividade laborativa habitual, faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez. XVI - O termo inicial do benefício deve ser fixado em 01/08/2008, momento fixado pelo experto judicial como de início da inaptidão laborativa. XVII - Esta E. Corte tem firmado entendimento no sentido de que o benefício é devido a partir do momento em que constatada a incapacidade para o trabalho. XVIII - A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor. XIX - Os juros moratórios serão devidos a contar da citação e até a data da conta de liquidação que deu origem ao precatório ou à Requisição de Pequeno Valor - RPV. XX - A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo *a quo*. XXI - Esclareça-se que, quanto ao pedido de adicional de 25% sobre o valor do benefício, a parte autora não se insurgiu, em suas razões de apelação, não podendo inovar o pedido em sede de agravo. XXII - Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, caput e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito. XXIII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar

decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação. XXIV - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça. XXV - Agravos improvidos. (TRF 3^a Região, OITAVA TURMA, AC 0003616-17.2012.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 29/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEPÓSITO PARA CONSULTA.
A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado no art. 196 e seguintes da Constituição Federal. 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. É incontestável que o demandante foi submetido a procedimento cirúrgico para retirada de «fragmento de cateter umbilical» localizado em «atrio direito e veia supra-hepática». Não há controvérsia sobre o fato de que, em virtude de nascimento prematuro, o menor sofreu cateterismo umbilical no Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, e que fragmento do cateter foi deixado no corpo do autor. Correta a determinação do magistrado para a realização das consultas e de que o depósito seja de quantia suficiente para pagamento delas (consultas), haja vista que a vida do agravado depende de pronto atendimento, com profissionais especializados, sem esquecer que o atual estado de saúde do menor tem gênese em erro médico (em tese) produzido no âmbito de hospital federal. Agravado a que se nega provimento. (TRF 3^a Região, QUARTA TURMA, AI 0029195-59.2010.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 18/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. RESSARCIMENTO AO SUS. OPERADORA PRIVADA DE PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO EM REDE PÚBLICA DE SAÚDE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. São manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, que respaldada em farta jurisprudência, desta Corte e do próprio Supremo Tribunal Federal, órgão máximo de interpretação constitucional, concluiu que “desde a edição da Lei nº 9.656/98, é perfeitamente possível a exigência de reembolso em favor das instituições integrantes do SUS, dos valores gastos com atendimento médico prestado para beneficiários de serviços contratados com operadoras de planos de assistência médica”. 2. Consignou-se, ademais, que, “no

caso, é manifesta a inexistência de lesão grave e de difícil reparação para justificar a antecipação da tutela recursal, já que os efeitos prejudiciais, como referidos, podem ser afastados mediante depósito judicial que, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, é o meio eficaz para suspender a exigibilidade fiscal, sem que conste dos autos qualquer prova de impossibilidade de promoção, pela requerente, de tal garantia". 3. Não houve qualquer omissão no julgamento impugnado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Assim, se o acórdão violou os artigos 5º, XXXV, 154, I, 195 § 4º 196, e 199 CF, ou os princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios. 4. Para corrigir suposto error in judicando, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita. 5. Embargos de declaração rejeitados. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0002038-72.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 18/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMUNIDADE DO ART. 150, VI, "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. ENTIDADE BENEFICENTE E DE UTILIDADE PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO INTEGRAL DE SERVIÇOS GRATUITOS. IPI. CONTRADIÇÃO. SUPRIMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Caso em que realmente existente mero erro material no relatório do julgamento embargado, pelo que são parcialmente acolhidos os presentes embargos de declaração, para assim constar como correto: "Trata-se de agravo inominado, em face de negativa de seguimento a de apelação e remessa oficial de sentença concessiva da ordem em mandado de segurança impetrado para afastar a exigibilidade do imposto de importação (II) e das contribuições sociais do PIS e da COFINS, tendo em vista que os bens importados serão utilizados na prestação dos serviços específicos da impetrante que faz jus à imunidade prevista nos artigos 150, VI, "c", e 195, § 7º, da Constituição Federal". 2. No mais, não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, que consignou, expressamente que: "na espécie, a impetrante documentalmente demonstrou a condição de entidade beneficiante de assistência social em saúde, conforme Atestado de Registro e Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos no CNAS, de 03/11/1994 (f. 56), Certidão de pedido de renovação do certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social no CNAS, com data

de 15 de Julho de 2009; certificado emitido pelo Conselho Nacional de Assistência Social Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome acerca do pedido de renovação do certificado de entidade beneficiante, de 15/07/2009 (f. 57), cópia do Diário Oficial da União, publicado em 04/02/2009, que informa o deferimento do pedido de renovação Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social da impetrante para os períodos de 01/01/2004 a 31/12/2006 (f. 59) e de 01/01/2007 a 31/12/2009 (f. 60), certidão de entrega de documentos referentes ao pedido de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência - CEBAS, de 04/02/2010 (f. 61), Questionário de Requerimento de Renovação do Certificado de Entidade bem como Certificado Municipal de Assistência Social, de 22/09/2009, com andamento do processo anexo, com último andamento em 29/07/2011 (f. 62/63), Protocolo do pedido de renovação do CEBAS-SAÚDE junto ao Ministério da Saúde, com data de 06/06/2012, sob o fundamento de “realização de projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS, complementados ou não pela prestação de serviços ambulatoriais e/ou de internação hospitalar”, acompanhado de pesquisa de documentos/processos com número de registro do processo administrativo e de requerimento dirigido ao Ministro da Saúde para a concessão da Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (f. 64/68), Certificado Municipal de Assistência Social, de 16/09/2008 (f. 71), Certidão da Prefeitura do Município de São Paulo de que a impetrante é registrada no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de acordo como o ECA, em 13/08/2012, com validade de dois anos (f. 72), e Declaração da Prefeitura de São Paulo de manutenção do Título de Utilidade Pública Municipal, de 28/11/2011 (f. 73), Certidão de Utilidade Pública Estadual pela Lei Estadual de São Paulo nº 5.766/1960, com data de 06/11/2012 (f. 75), sendo que o respectivo estatuto social (f. 30/52), indica o cumprimento dos requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional, fazendo jus, portanto, à imunidade prevista no artigo 150, VI, “c”, da Constituição Federal”. 3. Considerou-se, ainda, que “a impetrante protocolizou seu pedido de renovação de certificado de entidade beneficiante de assistência social junto ao Conselho Nacional de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome em 22/09/2012, portanto, dentro da validade do certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social para o período de 01/01/2007 a 31/12/2009 (f. 61), considerado o interregno previsto na Lei nº 8.212/91, em seu artigo 55, II”, pelo que “não se permite concluir que deveria cumprir o prazo antecipatório semestral ao vencimento do certificado, como dispõe a redação original do §1º do artigo 24 da Lei nº 12.101/2009, o que seria impossível de concretizar, pois vencendo em 31/12/2009, a referida lei foi publicada e passou a vigorar somente em 30/11/2009. Tanto é assim, que o legislador entendeu por bem alterar o referido texto da Lei 12.101/2009, através da Lei 12.868, de 15 de outubro de 2013, passando aquele a ter a seguinte redação: §1º Será considerado tempes-tivo o requerimento de renovação da certificação protocolado no decorrer dos 360 (trezentos e sessenta) dias que antecedem o termo final de validade do certificado”. 4. Concluiu-se, assim, pela improcedência do “argumento da intempestividade do

certificado de fins assistenciais, porquanto reconhecida, ainda que a posteriori, a regularidade da renovação com antecipação ao vencimento do certificado, diante da novel redação do §1º do artigo 24 da Lei 12.101/2009 que permite o protocolo em todo o período de 360 dias que antecede o termo final de validade do certificado”. Ademais, “a compra do produto importado foi concretizada em 04 de setembro de 2012 (f. 80), sendo declarada pela importadora, VARIAN MEDIACAL SYSTEMS BRASIL, a fabricação do equipamento, para posterior embarque, em 13 de dezembro do mesmo ano (f. 81), de modo que acobertada pela certificação de entidade benficiente para fins da isenção prevista nos artigos 150, VI, “c”, e 195, § 7º, da Constituição Federal”. 5. Não houve qualquer omissão no julgamento do agravo inominado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Assim, se o acórdão violou os artigos 150, da CF; 9º e 14do CTN; 12 da Lei 9.532/1997; 29 e 31, da Lei 12.101/2009; ou 1º da Lei 12.016/2009, como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios. 6. Para corrigir suposto erro in judicando, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita. 7. Embargos declaratórios parcialmente acolhidos. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0000090-50.2013.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 18/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. REAJUSTE EM PLANOS DE SAÚDE INDIVIDUAIS. CONTRATOS ANTERIORES A 01/01/1999. LEI 9.656/1998. RESOLUÇÕES, TERMOS DE COMPROMISSO E TERMOS DE AJUSTE DE CONDUTA. ANS. VCMH - VARIAÇÃO DE CUSTO MÉDICO HOSPITALAR. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. 1. Corrig-se, de ofício, os erros materiais contidos nos itens 6 a 8 da ementa do julgamento embargado, para fazer constar, como correto, o número das Resoluções 74/2004 e 99/2005. 2. Caso em que são manifestamente improcedentes os embargos declaratórios, pois não se verifica qualquer omissão, contradição ou obscuridade no julgamento impugnado, mas mera contrariedade dos embargantes com a solução dada pela Turma. 3. A respeito da alegada prevenção da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro para apreciar a causa, a Turma já exauriu sua atuação jurisdicional no julgamento do AI 0000575-08.2008.4.03.0000 (em apenso), pelo que incabível o reexame nesta instância. 4. Quanto ao cumprimento de decisões eventualmente conflitantes provenientes das Justiças Estadual e Federal, não há falar-se em omissão, pois não compete a esta Corte dirimir a questão. À Turma não cabe curvar ou adaptar seu entendimento a decisões proferidas em outra Seção Judiciária ou mesmo na Justiça

Estadual, inexistindo as omissões alegadas pelas embargantes PORTO SEGURO e ANS, que deverão socorrer-se das vias próprias perante as instâncias competentes. 5. Devidamente adstrita a sua competência e ao objeto da lide, decidiu a Turma, fundamentadamente, que, para o reajuste dos contratos sem previsão de índice específico, é válida a utilização do VCMH previsto no Termo de Compromisso 11/2006, apurado a partir de critérios objetivos expressamente previstos e previamente publicados, a garantir o direito de informação do consumidor defendido pelo embargante IDEC. 6. A propósito, consignou-se que “a aprovação de índices de reajuste pela ANS exige a apresentação de dados e relatórios técnicos para a apuração da CVMH, conforme item II, a, da cláusula primeira do Termo de Compromisso 11/2006, que remete à forma e aos parâmetros da Resolução 74/2004, sendo considerados o custo unitário e a frequência de utilização, auditados por órgão independente, com a aplicação do índice da operadora com comportamento mais eficiente (f. 74/5)”. 7. Destacou a Turma que “o fato de serem os dados apresentados pelas operadoras não os tornam inválidos sem prova específica e nem autoriza, como pretendido, que se aplique, como mais eficiente e adequado, para fins de reajuste de mensalidades dos planos e seguros de saúde, os índices do INPC e IPCA, que refletem a variação geral de preços do mercado, que não são, necessariamente, os mais ajustados à captação dos custos do setor específico. A participação dos usuários na política de formação de preços poderia conferir maior legitimidade ao resultado do processo, o que não significa, porém que seja abusiva a apuração da CVMH com base nos dados apresentados pelas operadoras, com conferência através de auditoria independente e análise e aprovação técnica da ANS. Não se trata, como se verifica, de hipótese de fixação unilateral de preços, pois não suprimida a função da ANS, inclusive no tocante à colheita de dados, análise e aprovação dos pedidos formulados pelas operadoras, para efeito de afronta às normas do Código de Defesa do Consumidor”. 8. A partir de então, ao contrário do alegado pelo embargante IDEC, a Turma examinou, sim, a regularidade do TC 11/2006 à luz da normatização aplicável, concluindo pela irretroatividade de seus efeitos (VCHM e resíduos), seja porque imodificável a previsão de reajuste máximo contida na Resolução 74/2004, seja porque referido “termo de compromisso foi firmado apenas em 1º/08/2006 (f. 72/8), após o prazo limite de 31/10/2005, a que se referiu o § 2º do artigo 3º da Resolução 99, de 27/05/2005”, não importando, na espécie, a data em que iniciadas as tratativas, como pretendido pela embargante PORTO SEGURO, mas sim quando firmado o compromisso, conforme expressa previsão normativa, revelando a inadequação da presente via recursal para a solução de eventual error in judicando. 9. Considerou-se que “na época, a Resolução 74, de 07/05/2004, então vigente, não previa exceção ao índice de 11,75%”, portanto “não era possível atentar contra tal limite normativo, ainda que indiretamente, através da diluição de reajuste maior em períodos posteriores”, ou seja, através dos resíduos pretendidos. E esta “diluição de reajuste maior em período posterior” pretendida pela operadora do plano de saúde é inegável, conforme se constata da simples leitura dos incisos I e II, da cláusula

primeira do TC 11/2006, especificamente dos itens a.6 e a.6.2, que previam para o período de julho/2006 a junho/2007 a incidência cumulada do VCMH do período com o índice de 0,53% relativo a resíduo do exercício de 2004. Por esta razão, consignou-se que “o resíduo projetado para tal aplicação soma-se ao índice aplicável no período futuro respectivo, apurado este com base na VCMH, de modo a comprovar que se trata, efetivamente, de resultante futura do índice passado indevido”. 10. Não há, pois, assim, obscuridade a ser sanada, acrescentando-se, ainda, que a articulação de verdadeira dúvida subjetiva decorrente de interpretação isolada de determinado item da ementa, que em sua totalidade apenas resume em breves termos o exame aprofundado realizado no julgamento, não é compatível com a via dos embargos de declaração. 11. A medida cautelar deferida na ADIN 1.931 suspendeu apenas a submissão dos contratos de prestação de serviços de saúde individuais firmados até 1º/01/1999 à Lei 9.656/1998 - que “dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde” -, e não à fiscalização e normatização da ANS, daí porque aplicável ao caso concreto o limite máximo de reajuste previsto na Resolução 74/2004, tanto que aceito pela própria PORTO SEGURO, ao firmar os vários TACs com a ANS. 12. Não se infirmou a celebração de termos de compromisso ou de ajustamento de conduta, ou a própria discricionariedade técnica da ANS, mas explicitou-se de forma clara, precisa e objetiva que tais atribuições não estão isentas do controle de legalidade e validade, tal qual realizado no caso concreto. 13. Daí porque se concluiu pela devolução dos valores pagos a maior, a título dos resíduos previstos no TC 11/2006 e respectivos termos de ajustamento de conduta. 14. Não houve condenação da devolução em dobro, porque a cobrança indevida encontrava amparo em atos da própria agência reguladora competente para a matéria, retirando a má-fé exigida pela lei: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável” (parágrafo único, do artigo 42, do CDC). No mesmo sentido, o entendimento da Corte Superior, no julgamento do RESP 2010.0016190-1, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJE de 30/11/2012: “1. Devolução em dobro de indébito (artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor). Pressupostos necessários e cumulativos: (i) cobrança extrajudicial indevida de dívida decorrente de contrato de consumo; (ii) efetivo pagamento do indébito pelo consumidor; e (iii) engano injustificável por parte do fornecedor ou prestador. 1.1. A conduta da operadora de plano de saúde que nega indevidamente fornecimento de stent, para aplicação em intervenção cirúrgica cardíaca, forçando o consumidor a adquiri-lo perante terceiros, configura cobrança extrajudicial indireta, ocasionando locupletamento do fornecedor e, por isso, possibilita, em tese, a aplicação da penalidade prevista no artigo 42, parágrafo único, do CDC. 1.2. Todavia, resta ausente, no caso, a má-fé do prestador do serviço, pois a negativa apresentada ao consumidor, ainda que abusiva, encontrava-se prevista em cláusula contratual, presumidamente aceita pelas partes quando da celebração do negócio jurídico. Não configurada a má-fé na cobrança extrajudicial,

direta ou indireta, inviabiliza-se a cominação da penalidade atinente à repetição do indébito em dobro. Precedentes.” 15. Proferido o acórdão e fixados os respectivos parâmetros para efeito de condenação, à luz do que pleiteado, a tempo e modo, e devolvido ao exame recursal, inexiste a alegada omissão quanto ao termo inicial dos juros moratórios, que foram fixados conforme critério normativo indicado. Se o acórdão incorreu em erro, como indicado e pretendido, diante das situações narradas, não são, por evidente, os embargos de declaração o meio próprio para revisão do julgado. 16. Tampouco houve omissão quanto à forma e legitimidade para a liquidação da sentença condenatória, pois, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor, “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (artigo 95). Assim se fez no acórdão embargado, que não adentrou na forma da liquidação, seja porque não discutida a matéria a tempo e modo para estabelecer qualquer controvérsia, seja porque a legitimidade e o interesse processual já são os fixados pela legislação (artigos 97, 98 e 100, CDC). 17. Não houve, pois, qualquer omissão, obscuridade ou contradição no julgamento impugnado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira dúvida subjetiva de interpretação ou imputação de erro no julgamento e contrariedade dos embargantes com a solução dada pela Turma, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Assim, se o acórdão violou os artigos 5º, caput, XXXVI, 103, § 2º, e 170, da CF; 6º, §§ 1º e 2º, da LINDB; 6º, III, IV e V, 42, 51, IV, X, XIII, XV, 95, 97, 98, 113, § 6º, do CDC; 2º e 219, do CPC; 397 do CC; 2º, parágrafo único, da Lei 7.345/1985; 29-A da Lei 9.656/1998; 4º, XXXIX, da Lei 9.961/2000; ou as Resoluções 74/2004, 99/2005, 106/2005 e 128/2006, como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios. 18. Para esclarecer eventual dúvida subjetiva dos embargantes ou corrigir suposto erro in judicando, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita. 19. Embargos declaratórios rejeitados. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0003669-31.2007.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 18/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO §1º ART.557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. I - Na decisão agravada não se discute a veracidade das informações prestadas pela empresa quanto ao fornecimento do equipamento de proteção individual, aplicaram-se, apenas, precedentes desta Corte no sentido de que o uso de tal equipamento não descharacteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que este não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. II - Os

artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que regem a matéria relativa ao reconhecimento de atividade exercida sob condições prejudiciais, não vinculam o ato concessório do benefício previdenciário à eventual pagamento de encargo tributário. III - Mantidos os termos da decisão agravada que considerou especial a atividade exercida devido ao contato com agentes químicos nocivos à saúde. IV - Agravo do INSS improvido (art.557, §1º do CPC). (TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, APELREEX 0000832-52.2011.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 16/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. EPI. PRÉVIO CUSTEIO. I. A jurisprudência firmou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, assim, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, sendo possível o reconhecimento da condição especial com base na categoria profissional do trabalhador. Após a edição da Lei n.º 9.032/95, passou a ser exigida a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos em caráter permanente, podendo se dar através dos informativos SB-40, sem prejuízo dos demais meios de prova. II. Somente com a edição do Decreto n.º 2172, de 05/03/1997, regulamentando a Medida Provisória nº 1523/96, tornou-se exigível a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida, mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei n.º 9528, de 10/12/1997. Sendo assim, somente a partir de 10/12/1997, exige-se a apresentação de laudo técnico para fins de comprovação da atividade especial exercida. III. Ressalte-se que, não obstante o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.398.260-PR, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), em 14/05/2014, no sentido de que o limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, verifica-se no presente caso a exposição a ruídos de até 108 dB (fls. 58 e 60), no período de 01-08-1996 a 31-01-1999, 91 dB (fl. 65), no período de 01-02-1999 a 30-09-2000, e até 94 dB (fl. 67), no período de 01-10-2000 a 31-12-2003, restando comprovada a condição especial da atividade exercida pelo requerente no período de 06-03-1997 a 23-08-2005. IV. Esclareço, no mais, que a expressão tempo de trabalho permanente à qual se refere o § 3º do artigo 57 da Lei nº 8.213 deve ser interpretada como o labor continuado, não eventual ou intermitente, de modo que não significa a exposição ininterrupta a agente insalubre durante toda a jornada de trabalho (STJ, REsp 658016/SC, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v. u., D: 18/10/2005, DJ 21/11/2005 p. 318; TRF da 2ª Região, Processo nº 200151015310890, AC 330073, 2ª T., Des. Fed. Messod

Azulay Neto, v. u., D: 11/04/2006, DJU: 02/05/2006, pág.: 269; TRF da 4^a Região, APELREEX 200470000241760, 5^a T., Rel. João Batista Lazzari, v. u., D: 14/07/2009, D.E. 17/08/2009). V. Acrescente-se que a utilização de equipamento de proteção individual (EPI) não descharacteriza a natureza especial da atividade exercida, posto que não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz os seus efeitos. VI. Inexiste vinculação do ato de reconhecimento de tempo de atividade perigosa ao eventual pagamento de encargos tributários com alíquotas diferenciadas, eis que os artigos 57 e 58, da Lei nº 8.213/91, não demandam tal exigência, que constituiria encargo para o empregador, não podendo o empregado ser por isso prejudicado, inexistindo violação aos artigos 195 e 201 da Constituição Federal. VII. Agravo a que se nega provimento. (TRF 3^a Região, DÉCIMA TURMA, AC 0001045-60.2008.4.03.6104, Rel. DESEM-BARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, julgado em 09/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2014)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – QUARTA REGIÃO

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES NOCIVOS: RUÍDO, POEIRAS MINERAIS NOCIVAS E HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS. AGENTES BIOLÓGICOS. CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM ESPECIAL. LEI N. 9.032/95. 1. O reconhecimento da especialidade e o enquadramento da atividade exercida sob condições nocivas são disciplinados pela lei em vigor à época em que efetivamente exercidos, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador. 2. Até 28-04-1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído e calor); a partir de 29-04-1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05-03-1997 e, a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica. 3. Quanto ao agente nocivo ruído, até 05-03-1997 é considerada nociva à saúde a atividade sujeita a ruídos superiores a 80 decibéis, conforme previsão mais benéfica do Decreto n. 53.831/64, tendo em vista que, até aquela data, são aplicáveis concomitantemente, para fins de enquadramento, os Decretos n. 53.831/64, n. 72.771/73 e n. 83.080/79. Em relação ao período posterior, exige-se a exposição a ruídos superiores a 90 decibéis até 18-11-2003 (Anexo IV dos Decretos n. 2.172/97 e n. 3.048/99, este na redação original) e, a partir de então, a ruídos superiores a 85 decibéis, conforme a alteração trazida pelo Decreto n. 4.882, de 18-11-2003, ao Decreto n. 3.048/99. 4. Entendo que a indicação da exposição ao nível de ruído superior a 85 dB como nociva à saúde feita pelo Decreto n. 4.882/2003 implica necessariamente considerar que, em época imediatamente anterior, a agressão ao organismo era, no mínimo, a mesma, justificando, assim, com base em critério

científico, o reconhecimento, como especial, da atividade sujeita àqueles níveis de pressão sonora mesmo se exercida no período anterior (mais especificamente de 06-03-1997 a 18-11-2003). Não é razoável não considerar nociva à saúde a exposição ao nível de ruído superior a 85dB entre 06-03-1997 e 18-11-2003 quando, no período subsequente, considera-se justamente tal exposição como prejudicial à saúde do trabalhador/segurado, lastreada em critério científico que necessariamente deve prevalecer sobre o critério científico que, mais de 6 anos antes, embasou a norma anterior. Não se trata, aqui, em verdade, de questão de direito intertemporal, isto é, não se almeja a aplicação retroativa do Decreto n. 4.882/2003: o disposto nesse Decreto serve apenas de comprovação de que a exposição a níveis de ruído superiores a 85 dB é prejudicial à saúde desde momento anterior (06-03-1997), quando editada norma que aumentou o nível de tolerância. Ou seja, o Decreto n. 2.172/97 aumentou o nível de tolerância da exposição de ruído de 80 para 90 decibéis quando deveria tê-lo aumentado para apenas 85db. Comprova-se isso justamente pelo fato de que critério científico posterior, suporte do disposto no Decreto n. 4.882/2003 - editado em época em que, seguramente, havia mais recursos materiais para atenuar a nocividade do ruído - estabeleceu como limite máximo de tolerância (acima do qual é nociva à saúde) a exposição a 85 dB. Nesse sentido, o Decreto n. 2.172/97 colide com o art. 57, caput e §§3º, 4º e 5º, da Lei n. 8.213/91, na medida em que deixa de considerar como prejudicial à saúde a exposição a níveis de pressão sonora entre 85 e 90 dB, quando tal exposição efetivamente é prejudicial à saúde e à integridade física. Em nada modifica tal conclusão a autorização legislativa (art. 58, caput, da Lei n. 8.213/91) dada ao Poder Executivo para definir a relação de agentes físicos, químicos e biológicos prejudiciais à saúde ou à integridade física, pois tal autorização não é um mandato em branco do Legislativo ao Executivo, uma vez que este tem o dever de elencar os agentes físicos, químicos e biológicos, e os respectivos níveis de exposição, que efetivamente trazem consequências danosas à saúde e à integridade física dos segurados, sob pena de incorrer em ilegalidade. 5. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, deixou assentado que tal análise envolve questão de direito intertemporal, não sendo possível atribuir retroatividade à norma sem expressa previsão legal, de modo que deve prevalecer o nível de ruído estabelecido em cada uma das legislações antes mencionadas (AgRg no REsp n. 1309696, Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 28-06-2013; AgRg no REsp n. 1326237, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 13-05-2013; AgRg no REsp n. 1367806, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 03-06-2013; REsp n. 1365898, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe de 17-04-2013; e AgRg no REsp n. 1352046, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 08-02-2013). Desse modo, deve ser admitida como especial a atividade em que o segurado ficou sujeito a ruídos superiores a 80 decibéis, até 05-03-1997; superiores a 90 decibéis, entre 06-03-1997 e 18-11-2003; e superiores a 85dB, a contar de 19-11-2003, data em que passou a viger o Decreto n. 4.882. 6. A exposição à poeiras minerais nocivas e aos hidrocarbonetos aromáticos enseja o reconhecimento do

tempo de serviço como especial. 7. A Lei n. 9.032, de 28-04-1995, ao alterar o § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213/91, vedando, a partir de então, a possibilidade de conversão de tempo de serviço comum em especial para fins de concessão do benefício de aposentadoria especial, não atinge os períodos anteriores à sua vigência, ainda que os requisitos para a concessão da inativação venham a ser preenchidos posteriormente, visto que não se aplica retroativamente uma lei nova que venha a estabelecer restrições em relação ao tempo de serviço. 8. Implementados mais de 25 anos de tempo de atividade sob condições nocivas e cumprida a carência mínima, é devida a concessão do benefício de aposentadoria especial, a contar da data do requerimento administrativo, nos termos do § 2º do art. 57 c/c art. 49, II, da Lei n. 8.213/91. (TRF4, APELREEX 5034085-66.2010.404.7100, Sexta Turma, Relator p/ Acórdão Celso Kipper, juntado aos autos em 10/10/2014)

DIREITO PENAL SANITÁRIO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL. INTRODUÇÃO IRREGULAR DE CIGARROS NO TERRITÓRIO NACIONAL. ENQUADRAMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. 1. A entrada irregular de cigarros estrangeiros no território nacional e a reintrodução dos nacionais destinados à exportação configuram condutas que, no plano do enquadramento, encontram subsunção no conceito de descaminho (artigo 334, segunda parte, do Código Penal), seja porque é lícita a importação de produtos dessa natureza (desde que recolhidos os tributos devidos, sob pena de perdimento) ou porque os fabricados no país, mas exportados com desoneração tributária, e reintroduzidos, são considerados mercadorias estrangeiras que aqui entram clandestinamente, portanto, também sujeitos à mesma tributação e penalidade. Entendimento deste Relator. 2. Nessa perspectiva, embora tais fatos não digam respeito a produtos proibidos em sentido estrito (hipótese em que se estaria diante de contrabando), mas apenas sujeitos a controles alfandegário (a importação de cigarros estrangeiros) e sanitário (reintrodução de cigarros nacionais destinados à exportação), a existência de uma exigência de rotulagem nos mesmos padrões aplicáveis aos aqui comercializados (artigos 3º, §3º, da Lei 9.294/96 e 50, inciso III, da Lei 9.532/97) perfaz óbice à aplicação do princípio da insignificância, sob pena de olvido ao mandamento constitucional que determina seja a saúde pública posta sob proteção com tal proceder (artigo 220, §4º), ethos descumprido pelos agentes que se vêm envolvidos com esses delitos. 3. Hipótese em que, não obstante o valor devido em caso de regular importação seja inferior a R\$20.000,00 (vinte mil reais), limite mínimo de relevância administrativa conforme Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda, o bem jurídico tutelado, para além de transcender à mera ilusão do crédito fiscal, vê-se violado a modo potencial e significativamente, tornando inviável a adoção da tese despenalizante. 4. Recurso provido. (TRF4, ACR 5000912-30.2010.404.7010, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Gilson Luiz Inácio, juntado aos autos em 30/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS OU TRATAMENTO MÉDICO. LEGITIMIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO DEMONSTRADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios nas ações onde se postula fornecimento público de medicamentos ou tratamento médico. A solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais. Dessa forma, qualquer um dos entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo da demanda. 2. Os requisitos para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos não ofertados pelo SUS são (a) comprovação da atual necessidade do medicamento/procedimento; (b) demonstração que o medicamento proposto é insubstituível por outro similar/genérico; (c) a prescrição do respectivo tratamento deverá ser feita, preferencialmente, por médicos credenciados ao SUS e, finalmente, (d) respectiva execução de perícia médica judicial para delimitar e observar as circunstâncias do caso concreto. 3. No caso, demonstrada a imprescindibilidade do tratamento especificado na proemial, consistente na conjugação da necessidade e adequação do fármaco e na ausência de alternativa terapêutica, no que reformada a sentença para que se reconheça o direito ao medicamento requerido na ação. 4. Em demandas que tratam da prestação de serviços à saúde, como no caso de fornecimento de medicamentos, adequada a condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 por cada ente que integre a lide, conforme precedentes desta Turma. 5. Isenta a União quanto ao pagamento dos honorários advocatícios, porquanto, não devidos à Defensoria Pública quando esta atuar conta a pessoa jurídica de direito público integrante da mesma Fazenda Pública a qual pertença. A contrario sensu, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, no que condenados o Estado de Santa Catarina e o Município de Florianópolis ao seu pagamento. (TRF4, AC 5011143-26.2013.404.7200, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 18/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. REDUÇÃO DE ALÍQUOTAS. LEI Nº 9.249/95. LEI 11.727/98. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. 1. Os artigos 15, § 1º, III, “a” e 20, da Lei nº 9.249/1995, prevêem a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSSL para as prestadoras de serviços hospitalares. 2. O Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que o benefício fiscal previsto na Lei nº 9.249/95 deve ser concedido de forma objetiva, a empreendimentos ‘relacionados às atividades desenvolvidas nos hospitais, ligados diretamente à promoção da saúde, podendo ser prestados no interior do estabelecimento hospitalar, mas não havendo esta obrigatoriedade’ (RESP nº 951.251). 3. A

jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL não inclui as consultas médicas, visto que somente os serviços especializados de saúde, com custos diferenciados, inserem-se no conceito de serviços hospitalares. 4. A partir da data da vidência da Lei 11.727, de 2008, apenas as sociedades empresarias fazem jus ao benefício previsto na Lei 9.249/95. (TRF4, AC 5013452-42.2012.404.7107, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, juntado aos autos em 12/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. FARMÁCIAS DE MANIPULAÇÃO. PREPARAÇÕES MAGISTRAIS. ESTOQUE MÍNIMO. LEI Nº 5.991/73 E RDC 67/2007 DA ANVISA. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA LIVRE INICIATIVA, DA CONCORRÊNCIA E DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. - Não há ilegalidade capaz de afastar a aplicação da norma que impede a manutenção de estoque mínimo de preparações magistrais pelas farmácias. A ANVISA possui atribuição legal de proteger a saúde da população, mediante normatização, controle e fiscalização de produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde. - É permitida às farmácias a manutenção de estoques mínimos de 'preparações oficiais', que são 'aquelas preparadas nas farmácias, cujas fórmulas estejam inscritas no Formulário Nacional ou em Formulários Internacionais reconhecidos pela ANVISA', tendo em vista que a farmácia de manipulação não é indústria farmacêutica. - A permissão para que as farmácias de atendimento privativo de unidade hospitalar mantenham estoque mínimo de preparações magistrais não fere os princípios da igualdade, da livre iniciativa, da concorrência e da liberdade de exercício profissional, uma vez que tais estabelecimentos possuem características próprias que as diferenciam dos demais estabelecimentos farmacêuticos. (TRF4, AC 5001774-10.2010.404.7104, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 11/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS OU TRATAMENTO MÉDICO. AGRAVOS RETIDOS. MODIFICAÇÃO DO PEDIDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO DEMONSTRADA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. 1. Agravos retidos conhecidos, porquanto requerida expressamente a sua apreciação nas razões de apelação, em conformidade com o disposto no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil. 2. Esta Corte tem admitido a inclusão de medicação que não estava inicialmente prescrita, em face de progressão da doença, desde que mantido o objetivo da lide e que o tratamento destine-se à mesma moléstia apontada na inicial, garantindo-se direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal, não caracterizando-se, assim, hipótese de emenda à inicial. 3. A ação civil pública é via adequada e o Ministério Público é parte legítima em demanda onde postulado o fornecimento de prestações de saúde pelo Poder público, ainda que em favor de pessoa

determinada. Precedentes do STJ. 4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios nas ações onde se postula fornecimento público de medicamentos ou tratamento médico, o que permite sua propositura contra um, alguns ou todos os entes federativos, conforme opção do interessado. Dessa forma, qualquer um dos entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo da demanda. 5. Os requisitos para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos não ofertados pelo SUS são (a) comprovação da atual necessidade do medicamento/procedimento; (b) demonstração que o medicamento proposto é insubstituível por outro similar/genérico; (c) a prescrição do respectivo tratamento deverá ser feita, preferencialmente, por médicos credenciados ao SUS e, finalmente, (d) respectiva execução de perícia médico judicial para delimitar e observar as circunstâncias do caso concreto. 6. No caso, demonstrada a imprescindibilidade do tratamento especificado na proemial, consistente na conjugação da necessidade e adequação dos fármacos e na ausência de alternativa terapêutica, no que mantida a sentença que determinou o fornecimento dos medicamentos pleiteados. 7. Com amparo na prova pericial, viável a substituição do fármaco Lactulona® SP 120ml pelo seu princípio ativo lactulose, independentemente de marca ou laboratório fabricante. (TRF4, APELREEX 5000569-09.2011.404.7201, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 04/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTAL. IMPORTAÇÃO DE INSETICIDA. IRREGULARIDADE NAS EMBALAGENS. CRIME AMBIENTAL. ART. 56 DA LEI N° 9.605/98. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 7º, VII, DA LEI N. 8.137/90. TENTATIVA. CONEXÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Nas embalagens dos produtos importados, a indicação de procedência falsa (artigo 222 do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados/RIPI) - pode ensejar ação penal pelo artigo 56 da Lei nº 9.605/98, no caso de “produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” (inseticida), bem como pelo artigo 7º, VII, da Lei nº 8.137/90, por tentativa de “induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço” Nos termos da Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça “compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do Art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal”. Se a referida inscrição de procedência nas embalagens e as circunstâncias em que se realizou é fato relevante para ambos os delitos imputados (CPP, artigo 76, III), os delitos merecem exame conjunto, pelo mesmo juízo, até para se evitar decisões antagônicas ou conflitantes, mormente quando já encerrada a instrução e o feito pronto para ser julgado. (TRF4 5000205-14.2014.404.7110, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, juntado aos autos em 04/09/2014)

DIREITO PENAL SANITÁRIO. ARTIGO 304 C/C ARTIGO 297 E ARTIGO 180, CAPUT, TODOS DO ESTATUTO REPRESSIVO. DOLO. NÃO COMPROVAÇÃO. *IN DUBIO PRO REO.* ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 334, §1º, “B”, DO CÓDIGO PENAL, C/C ARTIGO 3º, DO DECRETO-LEI 399/68. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VETORIAL NEUTRA. REINCIDÊNCIA. CONFESSÃO. COMPENSAÇÃO. SANÇÃO CORPORAL FIXADA EM UM ANO. ARTIGO 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DE APENAS UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. 1. Em que pese comprovadas a autoria e a materialidade, para haver condenação dos delitos de uso de documento falso e de receptação, é necessário estar devidamente demonstrado o dolo, consubstanciado na prova de que o acusado sabia da falsidade do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) e da origem do automóvel como objeto de roubo. 2. Não se mostra viável a incidência do princípio da insignificância quando o fato envolver o ingresso em solo pátrio e/ou transporte de cigarros desacompanhados da documentação comprobatória de sua regular importação, independente dos valores de tributos envolvidos. A evolução na compreensão acerca do tema possui como principal fundamento a proteção à saúde pública, uma vez que “o bem jurídico tutelado com tais condutas, para além de transcender à mera ilusão do crédito fiscal, vê-se violado a modo potencial, e significativamente” (RSE 5006004-33.2012.404.7102, minha Relatoria, julgamento em 31-7-2013). 3. Não sendo significativa a quantidade de maços de cigarro apreendida porquanto não foge dos parâmetros da normalidade, não há falar em elevação da reprimenda na fixação da pena basilar. 4. Consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça (EREsp 1.154.752, 3ª Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 04-9-2012), devem ser compensadas as circunstâncias agravante e atenuante da pena, referentes à reincidência e à confissão. 5. Em que pese a proibição legal (§3º do artigo 44 do Estatuto Repressivo), é possível a imposição de penas alternativas ao reincidente específico, quando a penalidade restritiva se mostra suficiente à repressão do ilícito e é socialmente recomendável. 6. Sendo a reprimenda corporal fixada em 01 (um) ano de reclusão, de acordo com o artigo 44, §2º, do Código Penal, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por apenas uma restritiva de direitos, concernente, no caso, em prestação de serviço à comunidade, a qual se revela mais indicada para fins de repressão e prevenção da prática delitiva, atendendo, inclusive aos objetivos ressocializantes da Lei Penal. (TRF4, ACR 5000523-23.2011.404.7006, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, juntado aos autos em 05/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. COMPETÊNCIA PELO VALOR DA CAUSA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. TEORIA DA CAUSA MADURA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. DO RESSARCIMENTO. DA CONTRACAUTELA E DA MULTA. O valor da presente causa está abarcado pela competência do Juizado Especial Federal, contudo, em havendo óbice para que a lide seja apreciada neste âmbito - não é cabível a intervenção de terceiros nos Juizados Especiais Federais -, a Justiça Federal Comum torna-se competente para tal. Estando o feito em ordem para julgamento definitivo, viável a aplicação da teoria da causa madura, prestigiada pelo legislador ordinário no artigo 515, §3º, do CPC. A legitimidade passiva de todos os entes federativos para ações que envolvem o fornecimento ou o custeio de medicamento resulta da atribuição de competência comum a eles, em matéria de direito à saúde, e da responsabilidade solidária decorrente da gestão tripartite do Sistema Único de Saúde (arts. 24, inciso II, e 198, inciso I, da Constituição Federal). O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea d, da Lei n.º 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde. A questão relativa ao reembolso e/ou cobrança dos custos suportados por determinado ente federativo em decorrência do fornecimento do medicamento pleiteado, trata-se de medida a ser resolvida no âmbito administrativo, sem necessidade de intervenção judicial. Diante da condenação ao fornecimento do medicamento é cabível a fixação de contracautela. É possível aplicação de multa diária no caso de retardamento ou de descumprimento da decisão, desde que suficiente e compatível com a obrigação, não podendo ser exorbitante ou desproporcional, sob pena de ineficaz e desmoralizadora do próprio comando judicial. (TRF4, AC 5006478-52.2013.404.7204, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 11/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. SUS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. VEROSSIMILHANÇA. PERICULUM IN MORA. AUSÊNCIA. 1. O direito à saúde é assegurado como fundamental, nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, compreendendo a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea “d”, da Lei n. 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde; não se trata, contudo, de direito absoluto, segundo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que admite a vinculação de tal direito às políticas públicas que o concretizem, por meio de escolhas alocativas, e à corrente da Medicina Baseada em Evidências. 2. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto. 3. Para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, é necessária a presença dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, quais sejam: a verossimilhança das alegações e o periculum in

mora. (TRF4, AG 5017940-50.2014.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 10/09/2014)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – QUINTA REGIÃO

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. FUNASA. ÓRGÃO DO PODER EXECUTIVO. ATIVIDADE BÁSICA QUE NÃO SE INCLUI NO ÂMBITO DE ATUAÇÃO DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. PERMANÊNCIA DE UM PROFISSIONAL FARMACÊUTICO NO ESTABELECIMENTO. INEXIGIBILIDADE. 1. A exigência da permanência de profissional habilitado no respectivo Conselho de Fiscalização Profissional, no estabelecimento, está subordinada à atividade básica da empresa ou em relação àquela pela qual preste serviços a terceiros (art. 1º da Lei nº 6.839/90). 2. A FUNASA, ente público do Poder Executivo que atua “na promoção e proteção à saúde, através do fomento de soluções de saneamento para prevenção e controle de doenças” (art. 14, da Lei nº 8.029/90), não está obrigada a conservar em seu quadro de profissionais um Farmacêutico, posto que a sua atividade principal não está inclusa no rol de funções relativas ao âmbito de autuação da autarquia, ora apelada. Apelação provida. (PROCESSO: 00013427320124058302, AC567252/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 25/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 02/10/2014 - Página 253)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. RITUXIMABE (MABTHERA). PORTADOR DE LINFOMA DIFUSO DE PEQUENAS CÉLULAS NÃO-HODGKIN, CID 20 POSITIVO, CID 10 - C 83,0. MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE DE PROGRAMA PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 196. PRECEDENTES. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Responsabilidade solidária dos Entes Públicos em fornecer medicamentos ao autor por ser portador de LINFOMA DIFUSO DE PEQUENAS CÉLULAS NÃO-HODGKIN, CID 20 positivo, CID 10 - C 83,0, conforme laudo médico em anexo. Em face de sua condição clínica, o médico que acompanha o paciente indicou RITUXIMABE (MABTHERA), haja vista aumentar a sobrevida livre de doença em pacientes com linfoma. 2. A divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei 8.080/90 não pode restringir essa responsabilidade, servindo ela, apenas, como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria, não sendo oponível como óbice à pretensão da população a seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária Preliminar afastada. 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão:

é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Precedentes. 4. Não há, com o deferimento judicial de fornecimento de remédio para a parte autoral, qualquer afronta aos princípios da impessoalidade e isonomia, tampouco o risco de ocasionar efeitos nefastos para os demais beneficiários do serviço público de saúde. 5. Constitui mera formalidade a ausência do medicamento no Programa de Dispersão de Medicamentos em Caráter Excepcional, em lista prévia, não podendo, por si só, ser obstáculo ao fornecimento gratuito de medicamento necessário para o tratamento da saúde do apelado, portador de doença gravíssima. 6. Manutenção da condenação dos demandados em honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor do tratamento, ressalvada a hipótese de impossibilidade de condenação da União Federal, por se tratar de causa patrocinada por Defensor Público Federal, ante a confusão entre as partes litigantes. Inteligência do recente enunciado de Súmula 421 do col. Superior Tribunal de Justiça. 7. Ausência de interesse em recorrer quanto à devolução do medicamento não utilizado pelo demandante, ao Ente que o adquiriu, tendo em vista que assim já foi determinado pelo Magistrado de origem, conforme requerido pela União, consoante se verifica no despacho de fls. 206/207. 8. Remessa oficial e apelação não providas. (PROCESSO: 00068413520124058400, APELREEX31187/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 25/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 02/10/2014 - Página 65)

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. MOTORISTA. EXPOSIÇÃO A AGENTES DANOSOS À SAÚDE. COMPROVAÇÃO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. 1. Trata-se remessa oficial contra sentença que acolheu parcialmente os pedidos, com resolução de mérito, para condenar a R. UNIÃO a pagar ao A. JOZINETE RODRIGUES DA SILVA adicional de insalubridade, no percentual de 10% (dez por cento), durante todo o período de duração do contrato, com reflexos sobre as demais verbas de cunho salarial (férias e décimo terceiro salário) e, ainda, efetuar os recolhimentos previdenciários incidentes sobre as verbas acima concedidas. 2. A questão deve ser decidida com base, especialmente, nas Leis n.ºs 8.270/1991, que dispõe sobre reajuste da remuneração dos servidores públicos, corrige e reestrutura tabelas de vencimentos, art. 12, I; 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, arts. 61, V, 68, e 73; e 8.745/1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 2º, VI, “a”, com redação da Lei nº 9.949/1999; na CLT, art. 71, caput, combinado com o parágrafo 4º do mesmo dispositivo legal; na Norma Regulamentadora nº 15 (Atividades e Operações Insalubre) e no Contrato Individual de Trabalho por

Tempo Determinado e de Natureza Civil celebrado entre o A. e a R. (fls. 28/30). 3. Da prova pericial, representada por laudo firmado por engenheiro civil/segurança do trabalho nomeado perito neste Juízo (fls. 159/164), consta a seguinte conclusão, textualmente: “O Reclamante ficou exposto durante 4 (quatro) anos a ação de agentes danosos à saúde do trabalhador, quando desempenhava as suas tarefas, especialmente quando limpava o caminhão, sem o uso de EPI’s adequados, ficando vulnerável a ação de poeiras de asfalto, poeiras de cimento e outros poluentes presentes nos trabalhos de pavimentação. Diante do exposto, somos de parecer favorável que as atividades desenvolvidas pelo Reclamante, caracterizam-se de insalubres, conforme Lei 6514 de 22/12/1977 e a Portaria de nº 3214 de 08/06/1978 e NR - 15 (anexo1) e a Lei 8270 de 17 de Dezembro de 1991. Considerando que era um trabalho habitual de forma intermitente, sugiro o percentual de 10% de adicional de insalubridade.” 4. No mérito, o conjunto probatório é, em sua maior parte, favorável às pretensões do A.; nesse sentido, quanto ao adicional de insalubridade, o pedido procede em parte porque comprovado, especialmente através da prova pericial (fls. 159/164), que o ambiente de trabalho do A. tinha características de insalubridade ou periculosidade, devido à poeira oriunda de asfalto, de cimento e de outros poluentes presentes nos trabalhos de pavimentação, sem contar o não uso de equipamento de proteção. 5. Os depoimentos testemunhais referidos (cnf. item 35, retro) indicaram que os motoristas, como o A., transportavam asfalto e concreto, pulverizava o caminhão com óleo e que embora o Exército fornecesse máscaras contra poeira, botas e fardamento, o uso desses equipamentos eram precários, reafirmando, assim, a prova pericial. 6. Nesse sentido, além disso, a legislação referida (cnf. item 33, retro), da qual ressalta a Lei nº 8.743/93, confere o direito ao adicional de insalubridade, por aplicação subsidiária da Lei nº 8.112/90 (art. 11, da Lei nº 8.745/93). 7. A Lei nº 8.270/91, art. 12, I, também aplicável subsidiariamente em relação a servidor temporário, fixa valores e determina a observância da legislação e regulamentos relativos aos trabalhadores em geral. 8. E, o contrato de trabalho temporário (fls. 28/30) preconiza, em sua cláusula décima (fls. 29), que “O CONTRATADO que exercer as suas funções com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou risco de vida, fará jus aos Adicionais de Insalubridade (...).” 9. Certamente, esse pedido não poderá ser deferido no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a remuneração mensal de todo período trabalhado, mas de 10% (dez por cento), levando em consideração principalmente o parecer do perito judicial (fls. 179). 10. Remessa oficial improvida. (PROCESSO: 00029704920114058200, RE0572607/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 25/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 02/10/2014 - Página 78)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTAL / DIREITO PENAL SANITÁRIO. IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS AUTORIZADA POR

DECISÃO JUDICIAL. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO VINCULADA À DESTINAÇÃO DOS PRODUTOS (DEVERIAM SER TRATADOS COMO MATÉRIA PRIMA). DESATENÇÃO À CONDIÇÃO (PORQUE OS PNEUS FORAM VENDIDOS DIRETAMENTE A CONSUMIDORES FINAIS). FRAUDE À IMPORTAÇÃO. CONTRABANDO POR EQUIPARAÇÃO (CPP, ART. 334, PARÁGRAFO 1º, “C”). TIPICIDADE DAS CONDUTAS. CONDENAÇÃO QUE SE SUSTENTA. AJUSTE, TODAVIA, NA DOSIMETRIA DAS PENAS. PROVIMENTO PARCIAL DAS APELAÇÕES. 1. Por força de decisão judicial, a empresa que dois dos apelantes titularizam foi autorizada a importar pneus usados. Deveriam, porém, segundo o comando autorizador, não os destinar, naquele estado que estavam, à venda direta “ao consumidor”, mas tratá-los como “matéria prima” na “indústria nacional de remodelagem” (MS 2002.51.01.007841-7, que tramitou perante o TRF da 2ª Região); 2. Os pneus, então, já devidamente importados, foram alienados à outra empresa (uma revendedora de pneus cujo proprietário também figura como réu-apelante), em seis operações aparelhadas por notas-fiscais que ostentam a seguinte advertência “o comprador FICA TERMINANTEMENTE PROIBIDO de revender os produtos elencados nesta Nota Fiscal para o consumidor final sem o devido beneficiamento dos produtos, salientando que será imputada a responsabilidade civil e criminal a quem infringir a legislação pertinente, conforme preceitua o Decreto-lei 3179, de 21 de setembro de 1999 em seu artigo 47-A, instituindo o Decreto-lei 3919 de 14 de setembro de 2001 e Lei 9605 de fevereiro de 1998 em seu artigo 56 e respectivos parágrafos” (fls. 60 e ss.); 3. Deu-se, então, que o Fisco identificou venda direta ao consumidor final (já por parte da segunda empresa), donde a lavratura de auto de infração e, pois, de representação fiscal para fins penais (fls. 20 e ss.), a qual capitulou a conduta praticada na norma inserta no CP, Art. 334, parágrafo 1º, “c”, segundo redação vigente à época das ações: Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo 1º - In corre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965) c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965). 4. Processados, os réus foram condenados em primeiro grau, donde o apelo que manearam. Dois deles (os importadores) aduzem, em apelação conjunta, que não teriam procedido com dolo ou culpa, máxime porque teriam obedecido ao comando judicial que lhes autorizou a importação dos pneus. O outro (revendedor) sustenta: (i) nulidade da sentença prolatada (a exordial seria inepta, porquanto não teria descrito a imputação em todas as suas circunstâncias normativas); (ii) atipicidade da conduta, pois não teria havido dolo ou fraude na atuação que desempenharam; e (iii)

ausência de provas quanto à venda ao consumidor final. Alternativamente, (iv) pugnam pela redução da pena pela ausência de valoração negativa das circunstâncias judiciais, aplicação da continuidade delitiva em seu patamar mínimo e aplicação da causa de diminuição da pena referente ao erro de proibição evitável; 5. Não há nulidade a ser reconhecida. A inicial é clara em identificar as normas que, completando a tessitura legislativa penal (CP, Art. 334, parágrafo 1º, “c”), tornam ilícita a importação de pneus (Portaria DECEX 08/91, Resolução CONAMA 23/96 e Portaria SECEX 27/07), ainda que a menção tenha decorrido da transcrição de (vários) precedentes judiciais. Nada impediu a regularidade da imputação, nem inviabilizou o exercício do direito de defesa; 6. A fraude à importação dos pneus, de outro lado, é manifesta. Ao realizaram a importação nos precariíssimos termos da ordem judicial (que jamais admitiu a alienação dos produtos diretamente aos consumidores finais), os importadores assumiram o compromisso de lhes dar a finalidade judicialmente ordenada (tratamento como “matéria prima”), sendo certo que o tráfico jurídico fora do balizamento judicial (a venda direta aos consumidores, feita comprovadamente através de 07 notas fiscais, num total de quase 800 unidades) iria configurar, como de fato configurou, fraude ao ato de importação (CP, Art. 334, parágrafo 1º, “c”), em continuidade delitiva (CP, Art. 71); 7. Remanesce a responsabilidade dos importadores, nada obstante as seis vendas que fizeram à empresa revendedora, ainda que tais negócios, per si, não configurariam contrabando, porque o crime, na espécie apurada nos autos, exigia desatenção à ordem judicial, através da alienação a “consumidor final”; 8. É dizer: a comprovada realização da venda ao “consumidor final” --- praticada ao menos 07 vezes pela empresa que adquiriu os pneus depois de importados, consoante prova documental colacionada à representação de fls. 20 e ss. --- não pode ser imputada exclusivamente aos gestores de “AA Comércio de Pneus LTDA”. 9. Com efeito, ao lhe repassar os pneus, a importadora assumiu o risco de que o destino dos bens fosse outro que não aquele determinando na decisão judicial que autorizou a importação, e tanto que, celebrado o negócio entre as pessoas jurídicas, emitiu notas fiscais com as advertências antes mencionadas (CP, Art. 18, I, parte final). A venda aos consumidores finais, enfim, ainda quando feita pessoa diversa da importadora, contaminou toda a importação realizada, dando ensejo ao cometimento do crime objeto da persecução; 10. É incogitável acatar a tese de erro de proibição, se por mais não fosse, ao menos porque as notas fiscais dos negócios entre as empresas continham expressa referência à ilicitude (inclusive criminal) da venda aos consumidores finais, não sendo sequer cogitável que os três envolvidos -- comerciantes experientes no segmento de pneus -- desconhecessem as consequências funestas das ações que estavam a praticar. 11. A dosimetria das penas fica assim estabelecida: 11.1) JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE (empresário que adquiriu os pneus da importadora): pena-base de 02 (dois) anos de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da culpabilidade (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável) e das consequências do crime (os bens contrabandeados são demasiado danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas),

ainda quando a existência de outro feito penal sem trânsito em julgado não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de manter a pena-base no patamar estipulado em primeiro grau). Nada deve ser alterado em segunda-fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes). Em terceira-fase, sendo 07 as operações comprovadas, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitiva (CP, Art. 71), adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), totalizando 02 anos e 08 meses de reclusão, pena afinal substituída (CP, Art. 44) por duas sanções restritivas de direito (tal como definido em sentença). 11.2) JEFFERSON PAVEI FERNANDES (sócio da empresa importadora): pena-base de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da culpabilidade (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável, evidenciando inclusive desprezo pela atividade jurisdicional) e das consequências do crime (os bens contrabandeados são demasiado danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas), ainda quando a existência de outro feito penal sem trânsito em julgado não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de manter a pena-base no patamar estipulado em primeiro grau). Nada deve ser alterado em segunda-fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes). Em terceira-fase --- lembrando que não devem ser contabilizadas como contrabando as vendas entre empresas, mas apenas aquelas feitas aos consumidores finais, sendo assim 07 as operações comprovadas nos autos ---, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitiva (CP, Art. 71), adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), totalizando 03 anos e 04 meses de reclusão, pena substituída (CP, Art. 44) por duas sanções restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo da execução -- não há concurso material, contrariamente ao pretendido na sentença. 11.3) MARICLESIO FERNANDES (sócio da empresa importadora): pena-base de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da culpabilidade (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável, evidenciando inclusive desprezo pela atividade jurisdicional) e das consequências do crime (a natureza dos bens contrabandeados, extremamente danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas), ainda quando a existência de outros feitos penais sem trânsito em julgado não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de justificar a exasperação da pena-base, alcançando-o ao mesmo patamar estipulado para o outro importador, não mais do que isso). Nada deve ser alterado em segunda-fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes). Em terceira-fase -- lembrando que não devem ser contabilizadas como contrabando as vendas entre empresas, mas apenas aquelas feitas aos consumidores finais, sendo assim 07 as operações comprovadas -, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitiva, adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), totalizando 03 anos e 04 meses

de reclusão substituídos por duas sanções restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo da execução -- não há concurso material, contrariamente ao pretendido na sentença. 12. Apelação de JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE improvida; apelações de JEFFERSON PAVEI FERNANDES e MARICLÉSIO FERNANDES parcialmente providas. (PROCESSO: 00067487020104058100, ACR11137/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 23/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 02/10/2014 - Página 183)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Apelação proposta pela União, objetivando ter a sua ilegitimidade passiva declarada, e como consequência a extinção do feito sem resolução do mérito da causa. O Supremo Tribunal Federal, já se posicionou pela legitimidade dos entes políticos das três esferas para responder a ações de tal natureza, conforme o precedente RE-AgR 271286: Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive

àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. Apelação improvida. (PROCESSO: 00060067420124058100, APELREEX31063/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR CARVALHO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 23/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 29/09/2014 - Página 57)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. VESTIBULAR. CANDIDATA PORTADORA DE TRANSTORNO E DÉFICIT DE ATENÇÃO. CONCESSÃO DE TEMPO ADICIONAL DE 1 (UMA) HORA PARA REALIZAÇÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE. 1. Sentença que concedeu a Segurança, determinando que a Autoridade Coatora garantisse a participação da Impetrante no vestibular da Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte - FMJ, designado para o dia 17/12/2013, por meio de acréscimo de 1 (uma) hora ao tempo ordinariamente previsto no Edital nº 10, de 05/09/2013, em virtude de a mesma ser portadora da enfermidade denominada de “déficit de atenção”. 2. A Constituição Federal obriga o Poder Público a garantir o direito à saúde, mediante políticas sociais e econômicas, bem como também prevê a garantia do direito à educação com a colaboração da sociedade, e o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, a fim de que desenvolvam as suas potencialidades. 3. O Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a Lei nº 7.853/89, estabelece que “As instituições de ensino superior deverão oferecer adaptações de provas e os apoios necessários, previamente solicitados pelo aluno portador de deficiência, inclusive tempo adicional para realização das provas, conforme as características da deficiência”. Essas disposições também se aplicam ao sistema geral do processo seletivo para ingresso em cursos universitários de instituições de ensino superior. 4. Hipótese em que há provas de que a Impetrante padece de Transtorno e Déficit de Atenção, em tratamento desde os 08 (oito) meses de idade, sendo-lhe razoável a concessão de prazo adicional para realização da prova, como forma de garantir sua participação isonômica no processo seletivo em referência. Remessa Necessária improvida. (PROCESSO: 00014213620134058102, REO573070/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 18/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 26/09/2014 - Página 104)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE CIGARROS DE ORIGEM ESTRANGEIRA SEM REGISTRO NOS ÓRGÃOS NACIONAIS DE SAÚDE. REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRESENÇA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA CAUTELAR DIVERSA À CONSTRIÇÃO. INVIALIDADE. POTENCIAL RISCO DE

REPETIÇÃO DA CONDUTA. MALEFÍCIO À SAÚDE DA COLETIVIDADE. ORDEM DENEGADA. I. Habeas Corpus com vistas à revogar prisão preventiva decretada contra o ora paciente, flagranteado mantendo em depósito 350 (trezentos e cinquenta) maços de cigarro de origem estrangeira, fazendo-se presentes a materialidade e a autoria delitivas, já oferecida denúncia, após a impetração. II. Presente a necessidade da garantia da ordem pública na medida em que ponderou o risco de repetição do delito pelo agente, consubstanciada a decisão a partir de confissão do ora paciente de que, residindo há apenas 6 (seis) meses no Rio Grande do Norte, trouxe por três vezes de São Paulo cigarros estrangeiros para ali comercializar, sendo que em uma das ocasiões veio a ser preso pela Polícia Rodoviária Federal, não se podendo entender de baixa lesividade a conduta do agente, eis que não se trata de mero ilícito tributário, mas, sobretudo, prejuízo à saúde pública diante da introdução no mercado de itens sem qualquer registro nos órgãos de saúde a evidenciar a possibilidade de malefícios ainda maiores ao consumidor. III. Ainda que o ora paciente tenha apresentado eventuais comprovação de antecedentes a ele favoráveis, bem como de promessa de atividade lícita, perduram os mesmos óbices já traçado na decisão atacada, até mesmo porque converge a jurisprudência pátria no sentido de que a primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa não têm o condão, por si sós, de desconstituir a constrição preventiva, a qual deve ser ponderada em sua amplitude, aqui se valorando negativamente, a exemplo, o potencial risco de repetição da conduta, pelo mesmo confessada a prática por três vezes em um período de seis meses e de malefício à saúde da coletividade, sendo aquele primeiro óbice à adoção de medida cautelar diversa à prisão. IV. Ordem denegada. (PROCESSO: 00073455020144050000, HC5579/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 09/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 18/09/2014 - Página 334)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. HASTA PÚBLICA DA SEDE DE ASSOCIAÇÃO MÉDICA BENEFICIENTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. INSTITUIÇÃO DA LEI 12.873/2013 (PROSUS). MORATÓRIA DOS DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS COBRADOS. REGULAMENTAÇÃO. PORTARIA 535/GM/MS/2014. PEDIDO DE ADESÃO AO PROSUS SEM PRONUNCIAMENTO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. SUSPENSÃO DA ALIENAÇÃO JUDICIAL. 1. Agravo de instrumento contra decisão que designou leilão judicial do bem imóvel sede da associação benficiante, a fim de garantir a execução de vultosa dívida fiscal. 2. A Lei 12.873/2013 criou o programa de fortalecimento das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, atuantes na área de saúde e participantes, de forma complementar, do Sistema Único de Saúde, estabelecendo a moratória das dívidas fiscais em até 180 meses, desde que mantido o adimplemento dos tributos correntes. 3. No caso em apreço, a agravante solicitou sua inclusão no referido programa (PROSUS), estando aguardando a análise do

pedido de adesão pelo Ministério da Saúde, que recentemente regulamentou a Lei 12.873/2013. 4. Tem-se que a continuidade na expropriação do bem imóvel sede da associação médica beneficente implicará na impossibilidade de prestação do serviço público de saúde, de modo a caracterizar uma situação irreversível, ainda que a agravante venha a ser beneficiada com a moratória da Lei 12.873/2013. 5. Determinação para que a executada comprove, mês a mês, no juízo da execução, os recolhimentos das obrigações fiscais vincendas, requisito para obtenção da moratória. 6. Agravo de instrumento provido, para determinar a suspensão da hasta pública dos bens penhorados, até a análise do pedido de adesão ao PROSUS. (PROCESSO: 00026193320144050000, AG137237/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 04/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 05/09/2014 - Página 163)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. REEMBOLSO INTEGRAL DE DESPESAS MÉDICAS DECORRENTES DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. MÉDICOS E HOSPITAL NÃO CREDENCIADOS. MODALIDADE LIVRE ESCOLHA. RECUSA DEVIDA. ADEQUAÇÃO AO DISPOSTO NO REGULARMENTO DO SERVIÇO DE ASSITÊNCIA À SAÚDE. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido de condenação da Companhia Nacional de Abastecimento ao reembolso integral de valores despendidos pelo autor para a realização de procedimento cirúrgico em sua esposa, no Hospital Sírio Libanês, no Estado de São Paulo, bem como ao pagamento de indenização por danos morais. 2. Tendo o demandante escolhido, por ato volitivo, equipe médico-hospitalar não credenciada no plano de saúde do qual é beneficiário, aplicou-se corretamente a modalidade de serviço da “Livre Escolha”, que possui limitações previstas no Regulamento do Serviço de Assistência Médica para o caso de reembolso. 3. Afastada a alegação de que não houve propriamente uma “livre escolha”, mas uma necessidade imperiosa diante da excepcionalidade e da urgência do caso, dada a ausência de equipamento necessário a assegurar o êxito do procedimento cirúrgico (aspirador ultrassônico) nos hospitais credenciados pelo SAS. 4. A ausência de equipamento específico destinado à garantia de um melhor resultado da cirurgia nos hospitais do Estado do Ceará não elide a possibilidade de realização do procedimento por médicos aptos, em hospitais habilitados e devidamente credenciados, sendo esta a conclusão a que se chega a partir das declarações prestadas pelo médico neurocirurgião Otaviano Benevides Alencar Araripe, testemunha arrolada nos autos pelo próprio autor. 5. Inexistência de prova hábil ao reconhecimento de direito à cobertura integral do procedimento cirúrgico em questão, não se enquadrando o caso nas hipóteses excepcionais previstas no Regulamento, diante das quais se permite ampliar serviços ou procedimentos constantes nas normas de funcionamento do SAS, a depender da deliberação da Diretoria Executiva (capítulo XI, do Regulamento), como a inexistência

de estabelecimento credenciado no local ou de recusa de hospital conveniado. 6. Este Tribunal vem se posicionando no sentido de considerar que a gravidade da doença não confere ao beneficiário do serviço de assistência médica o direito ao reembolso integral dos dispêndios com serviços médico-hospitalares não credenciados, uma vez em descompasso com a regra do pacta sun servanda, devendo a devolução ocorrer no limite das obrigações contratuais (AC 00008429020104058200, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Terceira Turma, DJE:04/02/2013). 7. Tendo o SAS cumprido o que regularmente está disposto para o tipo de procedimento eleito pelo autor, inclusive com o reembolso das despesas médicas arcadas pelo beneficiário em atendimento fora da rede credenciada, inexistente qualquer conduta ilícita a ser imputada a CONAB a ensejar o reconhecimento das pretensões indenizatórias deduzidas pelo postulante. 8. Apelação improvida. (PROCESSO: 00039933920114058100, AC573329/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Quarta Turma, JULGAMENTO: 02/09/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 04/09/2014 - Página 366)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado em face de ato acoimado de ilegal praticado pelo SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE, Sr. LUCIANO SILVA GUIMARÃES FILHO, consubstanciado na recusa de fornecimento de medicamentos e ou utensílios prescritos por profissional de saúde à (ao) Sr(a). Divina Ferreira da Silva. Os medicamentos e ou utensílios, bem como a quantidade que o paciente necessita estão mencionados às fls. 18. Em virtude disso impetrou o presente *mandamus* postulando a concessão de liminar para o fim de o impetrado providenciar o fornecimento de medicamento ao enfermo imediatamente. No mérito, requereu a concessão da ordem em definitivo, a fim de que seja determinado ao impetrado que forneça de forma contínua os medicamentos de uso do enfermo. Instruiu a inicial com os documentos que entendeu pertinentes. Vieram-me os autos conclusos. **É o relatório necessário. Passo a decidir.** É cediço que a saúde como direito de todos e dever do Estado recebeu do legislador constituinte proteção de atendimento integral e passou a ser considerada como um direito fundamental e social do ser humano, que deverá ser garantido “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 186 da Constituição Federal de 1988). Em decorrência dessa previsão constitucional qualquer omissão do Estado no fornecimento de medicamentos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), configura, em tese, violação do direito líquido e certo do cidadão de tentar preservar sua vida pelo acesso ao direito à saúde. Enfatizando, é dever do Estado prestar assistência médica a todo e qualquer cidadão e, sendo o município cogestor do Sistema Único de Saúde, que possui direção única em cada esfera de governo

(artigo 198, I, da CF/88), o Secretário Municipal de Saúde é parte legítima para figurar no polo passivo das ações de mandado de segurança. Assim, em virtude de a saúde ter sido erigida à condição de direito fundamental do ser humano, é dever do Estado “prevenir, programar, fiscalizar e controlar as ações e os serviços de saúde, mas, também e principalmente, fornecer o medicamento e o tratamento àqueles que não têm como adquiri-los em farmácias e drogarias.” (TJ/MT – AC- 4ª Câmara Cível. Apelação / Reexame necessário Nº 33396/2009 Rel. Des. Clarice Claudino da Silva – J. 14.09.2009). A par disso, como esse direito é de origem constitucional, nenhuma norma infraconstitucional poderá impedir a sua eficácia, sem ser declarada inconstitucional, ainda mais havendo ofensa ao princípio da igualdade, porquanto obstado o tratamento do enfermo. Sob outra ótica, eventuais ineficiências do Estado na programação e organização de políticas e ações necessárias ao atendimento de direitos fundamentais da pessoa humana autorizam a interferência do Estado-Juiz como garantidor de direitos que é, desde que vislumbrada, embora em cognição sumária, a ofensa a direito líquido e certo do cidadão. A propósito a respeito do SUS é o seguinte excerto de um julgado do TJGO: “visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitam em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o cometimento do indivíduo ou de um grupo, por determinada moléstia, necessitando de medicamento específico para debelá-la, este deve ser fornecido, em decorrência do princípio maior, a garantia à vida digna, o qual constitui direito líquido e certo do cidadão. (TJ-GO; MS 16387-6/101; Goiânia; Rel. Des. João Waldeck Félix de Sousa; DJGO 12/05/2008; Pág. 112)”. Quanto à disposição legal constante do artigo 2º da Lei 8.437/92, há muito a jurisprudência dominante vem entendendo que, de forma excepcional, deve haver uma análise relativa e não absoluta, de tal dispositivo, uma vez que se trata da saúde de pessoa idosa e carente que necessita de medicamento, havendo a possibilidade de ocorrer graves danos à sua vida pela demora da prestação jurisdicional. No presente caso, a plausibilidade do direito e o risco iminente de dano irreparável resta demonstrado pelo relatório/receituário médico acostado aos autos que indica a necessidade de uso contínuo dos medicamentos ora citados, para o tratamento por tempo indeterminado. Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela pleiteada para o fim de determinar que o Secretário Municipal de Saúde providencie, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o fornecimento de medicamentos indispensáveis ao tratamento de saúde necessário e adequado ao enfermo acima identificado por tempo indeterminado, até a recuperação plena de sua saúde, sob pena de cometimento de crime de desobediência. Para o caso de descumprimento, desde já, arbitro multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), em face do agente público apontado como autoridade impetrada na presente ação. Concedo à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita. Notifiquem-se as autoridades impetradas, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, prestem as informações que julgarem necessárias (art. 7º, inc. I, da Lei nº 12.016/2009). Se as informações vierem acompanhadas de documentos, diga a impetrante, em 05 (cinco) dias. Dê

ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para, querendo, ingressar no feito. Sirva a presente decisão, impressa em 03 (três) vias originais, como mandado. Após, venham-me conclusos para deliberação. (Caldas Novas, 23/09/2014. TIAGO LUIZ DE DEUS COSTA BENTES - Juiz de Direito. Autos nº 201403431218)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. FORNECIMENTO DE MATERIAL.

Trata-se de “Ação de Indenização por Danos Morais c/c Obrigação de Fazer” com pedido de antecipação de tutela ajuizada por DIVINA ROSA DO PRADO BATISTA, através de advogado habilitado e legalmente constituído, em face do INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DE GOIÁS – IPASGO, todos qualificados. Afirma a requerente ser titular do plano de saúde IPASGO há mais de 29 anos e ter como dependente seu esposo, Rosevil Batista de Trindade. Aduz que seu esposo é portador da síndrome de Adenocarcinoma de Cólón Direito, e, diante da gravidade da doença, foi recomendada uma cirurgia por videolaparoscopia com urgência. Informa que o médico que assiste o paciente solicitou ao Ipasgo o fornecimento de, no mínimo, 02 (dois) trocateres descartáveis de 12 mm, 02 (dois) trocateres descartáveis de 5 mm, endogrampeador 10 mm, 03 (três) cargas para endogrampeador 60 mm, 01 (uma) tesoura coaguladora ultrassônica, 01 (uma) agulha de Veres descartável, 02 (dois) clipe LT 300, carga para grampeador Linear, grampeador Linear cortante e trocarte cirúrgico (bariátrica). Alega que o paciente já se encontrava internado para ser efetuado o procedimento cirúrgico quando souberam que o plano de saúde havia negado os materiais solicitados. Assevera que, diante da situação, custeou os materiais utilizados na cirurgia no importe de R\$ 6.425,00 (seis mil quatrocentos e vinte e cinco reais) e ao questionar os motivos que levaram à negativa por parte do requerido em fornecer os materiais foi informada que tal providência seria muito cara aos cofres do Instituto. Requer que seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela para que seja determinado ao requerido a devolução dos valores desembolsados a título de pagamento pelos materiais cirúrgicos. No mérito, pugna pela condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 40 salários-mínimos, e pela confirmação da tutela asseguratória. É o relatório. Decido. Defiro os benefícios da assistência judiciária, nos termos do art. 4º da Lei 1.060/50. Para concessão da tutela antecipada é necessária a presença de seus pressupostos autorizadores, conforme reza o artigo 273 do Código de Processo Civil, vazado nos seguintes termos: Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. No caso em tela, pretende a autora que o Ipasgo proceda com a restituição dos valores desembolsados para custeio dos materiais cirúrgicos. Ocorre que a pretensão autoral não

pode ser deferida, tendo em vista expressa vedação legal. É que a Lei 8.437/92 que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, traz vedação acerca da concessão, em sede de antecipação de tutela, de medida que, em virtude de vedação legal, não possa ser concedida pela via mandamental: Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra os atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (sem grifo no original) Nesse compasso, cumpre observar a impossibilidade de, pela via mandamental, ser deferida medida liminar que determine pagamento, como pretende a autora. A Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09) prevê em seu art. 7º, §2º, que a concessão de liminar que tenha por fim determinar pagamentos de qualquer natureza é vedada: Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: §2º. Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. (grifou-se) Portanto, como a pretensão autoral baliza-se na restituição de valor, e considerando ainda a norma dos artigos citados, entendo que o requerimento antecipatório é impertinente, ante a expressa vedação legal. Deve ser ressaltado, por derradeiro, que eventuais questionamentos existentes à aplicação da Lei 8.437/92 aos casos de tutela antecipada foram sepultados com a edição da Lei 9.494/97, que trouxe também em seu art. 1º: Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. (...) e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437 de 30 de junho de 1992. (grifou-se) Na confluência do exposto, indefiro o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela. No que tange ao pedido de prioridade de tramitação, defiro o pleito, nos termos do art. 71 da Lei nº 10.741/03. Proceda-se a escrivanaria com o etiquetamento de tramitação prioritária. Cite-se o requerido, para que, caso queira, apresente resposta no prazo legal. I. Cumpra-se. (Anápolis, 30 de setembro de 2014. Mônica de Souza Balian Zaccariotti - Juíza de Direito - Autos n.º 201403300610)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA com pedido de antecipação de tutela, visando condenação em obrigação de fazer consistente em internação involuntária de SILVIO MACHADO MARTINS, o qual é portador de doença mental e viciado no consumo de álcool e entorpecentes, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS em desfavor de SILVIO MACHADO MARTINS e MUNICÍPIO DE MINEIROS. O representante ministerial alega que o demandado SILVIO MACHADO MARTINS é portador de doença mental – esquizofrenia, dependente químico de drogas lícitas e ilícitas, possuindo comportamento agressivo, delirante, podendo prejudicar a si e a terceiros, bem como se nega ao tratamento e medicação. Relata que

Silvio foi interditado, sendo sua mãe nomeada curadora em processo de interdição (autos nº 200700997959). Aduz que, conforme laudo médico pericial, o requerido SILVIO necessita de internação durante os episódios de reagudização de sintomas psicóticos e de acompanhamentos ambulatorial contínuo em seguida à alta hospitalar. Requer, liminarmente, a internação voluntária de Silvio para internação e tratamento especializado de saúde em estabelecimento especializado e adequado, às expensas do segundo demandado, sob pena de multa diária. É, em síntese, o relatório. DECIDO. Embora não haja pedido expresso de interdição do primeiro requerido, a internação involuntária depende de reconhecimento de seu estado, permanente ou temporário, de incapacidade para reger sua vida e praticar atos da vida civil, devendo prevalecer a competência do Juízo de Família, por força do disposto no artigo 30, inciso VI, «a» e «b», do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás, in verbis: “Art. 30 - Compete ao Juiz de Direito: (...). IV - Na Vara de Família e Sucessões: a) processar e julgar: 1 - todas as causas cíveis que versarem sobre direito de família e das sucessões e as ações de estado; b) exercer à jurisdição voluntária nos procedimentos que versarem sobre direito de família e das sucessões e estado das pessoas”. Da narrativa da exordial, infere-se que o Ministério Público pretende obter autorização judicial para proceder à internação involuntária do primeiro demandado, a fim de que este se submeta a tratamento de saúde, em razão da alegada dependência química (álcool e drogas). Malgrado o requerente não tenha postulado a interdição de SILVIO MACHADO MARTINS, certo é que a tutela jurisdicional almejada cinge-se, ainda que reflexamente, à restrição da capacidade de auto-deliberação do indivíduo, assim como à limitação, ainda que momentânea, para a prática de atos da vida civil, questão esta preponderante para atrair a competência do Juízo especializado de família, por força do disposto no artigo 30, inciso VI, ‘a’ e ‘b’, do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás (Lei estadual nº 9.129, de 22 de dezembro de 1981), acima transrito. A jurisprudência é farta nesse sentido. Senão vejamos: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE PESSOA MAIOR E NÃO INTERDITADA. COMPETÊNCIA DA 2ª VARA DE FAMÍLIA DO FORO CENTRAL DESTA CAPITAL. Hipótese dos autos em que se trata de ação ordinária de avaliação e internação compulsória ajuizada em favor de pessoa maior, não interditada, portadora de problemas psiquiátricos e que se nega a realizar tratamento médico. Desse modo, a matéria, com efeito, se insere na competência das Varas de Família, tendo em vista que envolve, antes de qualquer questão atinente ao fornecimento de tratamento gratuito pelo Estado (latu sensu), a capacidade civil do favorecido. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE”. (Conflito de Competência Nº 70055077531, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 18/06/2013). “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FAMÍLIA. A competência para processar e julgar a ação de internação compulsória é do juízo especializado das Varas de Família. Precedentes jurisprudenciais. CONFLITO

NEGATIVO JULGADO PROCEDENTE. EM MONOCRÁTICA". (Conflito de Competência Nº 70055505457, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/07/2013). "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE PACIENTE DEPENDENTE QUÍMICO. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. Compete ao âmbito da jurisdição especializada em questões de família o pedido de internação compulsória, na medida em que se trata de doença mental/psíquica, em razão da dependência química, e se percebe que, na questão de fundo, está a apreciação da sua capacidade de praticar atos da vida civil, ainda que, no polo passivo, figure ente público. Precedentes deste Tribunal. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ACOLHIDO". (Conflito de Competência Nº 70054911508, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 06/06/2013). "AGRADO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. USUÁRIO DE DROGAS. AUTÊNTICA AÇÃO DE ESTADO. JUÍZO CÍVEL ESPECIALIZADO. Conforme precedentes, a competência para julgar a demanda que busca a internação compulsória de dependente químico é do juízo cível especializado - Vara de Família e Sucessões - e não da Vara da Fazenda Pública. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO." (Agravado de Instrumento Nº 70053851689, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 02/05/2013). O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás já se pronunciou sobre o tema, consoante acórdão adiante transcrito: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. AÇÃO ENVOLVENDO ESTADO DA PESSOA. Compete ao juiz da Vara de Família processar e julgar a ação em que se pleiteia a internação compulsória, por envolver discussão quanto ao estado e à capacidade do indivíduo. Conflito julgado improcedente para declarar a competência do juízo suscitante". (TJGO, CONFLITO DE COMPETENCIA 392659-12.2012.8.09.0000, Rel. DES. GILBERTO MARQUES FILHO, 2A SECAO CIVEL, julgado em 06/02/2013, Dje 1251 de 26/02/2013). Ademais, ainda que o ente fazendário figure no polo passivo da lide, a competência do Juízo da Família se sobrepõe à competência do Juízo da Vara das Fazendas Públicas, criados eminentemente para atender o interesse material do Estado que, in casu, se coloca em segundo plano, conforme entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INTERNAÇÃO. Polo passivo composto por ente fazendário. As varas da Fazenda Pública foram criadas para atender aos interesses materiais do Estado, interesses os quais se colocam em segundo plano quando se discute o direito à saúde de pessoa de incapacidade provisória, justificando, portanto, a atuação jurisdicional diferenciada que a Vara de Família poderá proporcionar. Desacolheram o conflito". (Conflito de Competência Nº 70034142687, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 28/01/2010). Com efeito, tendo em vista que a causa de pedir e o pedido versados na lide dizem respeito à capacidade e ao estado de

SILVIO MACHADO MARTINS, abarcado pela competência especializada do Juízo de Família, revela-se equivocada a distribuição do feito junto a este Juízo da Vara das Fazendas Públicas. Diante do exposto, com fundamento no artigo 30, inciso VI, 'a' e 'b', do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás, DECLINO da competência para o processo e julgamento da lide e, de consequência, determino a redistribuição e remessa dos presentes autos para a Vara da Família e Sucessões desta Comarca de Mineiros. Promovam-se as baixas e anotações no distribuidor. I4ntimem-se. Cumpra-se. (Mineiros - GO, 26 de setembro de 2014. FÁBIO VINÍCIUS GORNI BORSATO - Juiz de Direito - PROTOCOLO N° 201401596937)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO. FORNECIMENTO DE APARELHO BIPAP (RESPIRADOR MECÂNICO PORTÁTIL) À HIPOSSUFICIENTE - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - REJEITADA - MÉRITO - IMPRESCINDIBILIDADE DO APARELHO PARA O TRATAMENTO DE SAÚDE APRESENTADO PELA APELADA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO - OBRIGAÇÃO DE DISPENSAÇÃO MANTIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. I. Ante a solidariedade dos entes da federação no financiamento do Sistema Único de Saúde, não se há falar em ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul para responder os termos da ação civil pública, que reclama medicamento em favor de idosa hipossuficiente. II. Comprovada a necessidade de utilização do aparelho Bipap e sendo a portadora da enfermidade, menor e hipossuficiente financeiramente, sem condições econômicas de suportar os custos do tratamento, devem os entes públicos fornecê-lo, por força de ordem constitucional (art. 196 da CF). Precedentes do TJMS e STJ. (0801240-90.2014.8.12.0001 Apelação / Reexame Necessário; Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3^a Câmara Cível; Data do julgamento: 07/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES - LUCROS CESSANTES - DANOS MORAIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 01. A indenização dos lucros cessantes depende da efetiva comprovação dos prejuízos suportados, cabendo tal ônus à parte autora, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil. 02. Se o plano de saúde se nega a restituir, com base em cláusula contratual, o valor integral das despesas médico-hospitalares, a recusa é fundada e não enseja danos morais, mormente considerando que não houve a negativa em prestar o atendimento médico. 03. Havendo condenação, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados com base no §3º do

artigo 20 do Código de Processo Civil. Recurso interposto pelo autor conhecido e parcialmente provido. RECURSO DE APPELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES - HOSPITAL NÃO CONVENIADO - SITUAÇÃO DE URGÊNCIA - DEVER DE REEMBOLSO INTEGRAL - LIMITAÇÃO AOS VALORES CONSTANTES EM TABELA DO PLANO DE SAÚDE - CLÁUSULA POTESATIVA. Demonstrado o caráter urgente do tratamento médico indicado ao autor, a operadora do plano de saúde é obrigada a conceder o reembolso integral das despesas médico-hospitalares em estabelecimento não credenciado, não sendo cabível a limitação aos valores da tabela praticada, tendo em vista a ausência de sua disponibilização ao beneficiário na data da contratação, o que evidencia o caráter potestativo dessa cláusula contratual que limita os direitos do consumidor. Recurso interposto pela ré conhecido e não provido. (0805181-22.2013.8.12.0021 Apelação; Relator(a): Juiz Vilson Bertelli; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 07/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO. PLANO DE SAÚDE DA CASSEMS - RELAÇÃO DE CONSUMO - RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 12/2003 - SERVIDORA PÚBLICA VEDAÇÃO DE SER DEPENDENTE - ABUSIVIDADE CONSTATADA - FACULTATIVIDADE - VIOLAÇÃO ÀS NORMAS E PRINCÍPIOS QUE REGEM O CDC - VÍCIO FORMAL DA RESOLUÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A Caixa de Assistência dos Servidores Públicos de Mato Grosso do Sul - CASSEMS, ora apelante, é pessoa jurídica de direito privado, com fins assistenciais não lucrativos, cujo objetivo é a assistência à saúde dos servidores estaduais, além de possuir sistema de autogestão, cuja filiação é facultativa e dependente de retribuição pecuniária. II - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. III - O fato de a alteração sobre a inclusão/exclusão dos associados beneficiários ter se efetivado por resolução do Conselho Administrativo da CASSEMS (nº 12/2003), além de contrariar frontalmente os princípios e normas emanados do diploma consumerista, denota vício formal (arts. 54 e 59 do CC). IV - Não pode a requerida pretender obrigar a autora a se inscrever como titular, apenas por também enquadrar-se em referida categoria, pois cabe a ela exercer aquela que melhor se enquadrar em suas necessidades, ou seja, pode figurar como titular, ou como dependente, já que encaixa-se em ambas as categorias, fazendo jus a exercê-la de acordo com sua escolha. (0809444-91.2012.8.12.0002 Apelação; Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 30/09/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. HOSPITAL - FALHA NO ATENDIMENTO DE URGÊNCIA - NEGLIGÊNCIA - PACIENTE QUE SE

ENCONTRA EM ESTADO VEGETATIVO - MONTANTE INDENIZATÓRIO - VALOR PROPORCIONAL - RECURSO DESPROVIDO. Ainda que a tetraplegia adquirida pelo requerido advenga de evento estranho a causa, a negligência do nosocomio em prestar o atendimento necessário e adequado durante a internação e que provocou seu atual estado vegetativo é suficiente para promover a responsabilização civil da instituição, consoante dispõe o ordenamento jurídico. O valor indenizatório arbitrado em R\$ 108.600,00, montante que equivale a 150 salários mínimos, revela-se totalmente proporcional às circunstâncias do ocorrido, uma vez que vige a máxima contida no art. 944 do Código civil de que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. (0033393-59.2007.8.12.0001 Apelação; Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 30/09/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO DESPROVIDO. Para fins de exame da verossimilhança, os documentos juntados ao processo devem ser de tal ordem que sejam capazes de permitir a configuração de um elevado grau de probabilidade para acolhimento da pretensão. Com base nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, é crível admitir que é dever do Estado (lato sensu) prestar atendimento de saúde, quando configurados os vetores da adequação do medicamento, tratamento ou cirurgia e da carência de recursos financeiros de quem postula. Na situação, não resta comprovada a necessidade do fornecimento do suplemento alimentar pleiteado, ante a ausência de atestado médico juntado aos autos. Não consta parecer acerca de quais riscos estão relacionados a não distribuição do alimento. (AI, 49716/2014, DES. JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 14/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. ADMINISTRATIVO. INTERNAÇÃO EM UTI - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. HOSPITAL SAMARITANO. ATENDIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ENTIDADE SEM FINALIDADE LUCRATIVA VOLTADA AO ATENDIMENTO DE PESSOAS NECESSITADAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE TENHA HAVIDO AUTORIZAÇÃO DO RESPONSÁVEL PARA MANTER O PACIENTE EM LEITO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ADEQUADA AO CONSUMIDOR. CONDUTA REALIZADA POR CONTA E RISCO DA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. Tratando-se de Fundação sem finalidade lucrativa voltada para atendimento de pessoas necessitadas e que realiza atendimento pelo Sistema Único de Saúde deve obter autorização do responsável pelo paciente para interná-lo

na UTI em leito particular, sob pena de responder pelo risco da sua conduta em razão da falta de recursos financeiros do paciente. Verificando que o paciente não dispunha de recursos financeiros para custear o tratamento não coberto pelo plano de saúde deveria ter informado a necessidade de realizar a transferência do tratamento para o SUS. (Ap, 22239/2014, DR.MARCIO APARECIDO GUEDES, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 08/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO. REVISÃO DE CONTRATO. RESCISÃO UNILATERAL. PLANO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE NÚMERO MÍNIMO DE USUÁRIOS. ARGUMENTO INJUSTIFICÁVEL. PRE-VALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE PESSOA HUMANA. RESTABELECIMENTO DO CONTRATO. PAGAMENTO INTEGRAL. CONTINUIDADE DA RELAÇÃO CONTRATUAL. RECURSO PROVIDO. A previsão contratual de número mínimo de usuários não justifica a rescisão em detrimento da garantia à saúde. Ao se ponderar os interesses em conflito, a conveniência econômica da agravante deixa de possuir força jurídica para subjugar direito fundamental de índole social (CF, art. 6º). (AI, 106291/2014, DR.MARCIO APARECIDO GUEDES, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 08/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. URGÊNCIA E EMERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. REEMBOLSO DOS VALORES NOS TERMOS DA TABELA CONTRATUAL. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Firmou-se o entendimento de que os procedimentos cirúrgicos em hospitais e/ou por médicos não integrantes do contrato de saúde somente são de responsabilidade da operadora do plano de saúde em casos especiais, como, por exemplo, quando inexista estabelecimento adequado no local, ou quando este se recusa a aceitar o paciente, ou ainda, diante da emergência da internação. Não reconhecidas tais situações excepcionais no caso concreto, é de rigor afastar-se a obrigatoriedade da cobertura do plano de saúde das despesas realizadas fora das condições contratuais, que abrigam, na hipótese, expressa previsão de cobertura de procedimentos apenas para médicos e hospitais conveniados. (Ap, 20060/2014, DESA.SERLY MARCONDES ALVES, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 08/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. ATRASO NA MENSALIDADE SUPERIOR A 60 DIAS. USUÁRIO NOTIFICADO POR TRES VEZES. DÉBITO NÃO LIQUIDADO. CANCELAMENTO DO CONTRATO. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Não se trata de providência unilateral ou abusiva, mas apenas o acionamento do gatilho automático de

uma regra pré-estabelecida no contrato e autorizada pela lei, qual seja o pactum comissorum, que em verdade é consequência intuitiva da exceptio non adimpleti contractus estabelecida nos art. 476 e 477 do Código Civil, pois a ninguém é dado, em qualquer contrato bilateral e privado, por mais social que seja sua finalidade, e ainda que por adesão, o direito de exigir o cumprimento da obrigação da outra parte se não cumpriu com a sua nos termos do estipulado, eis que, do contrário, estar-se-ia inserindo o germe da sonegação, privilegiando a *mora debitoris*. (Ap, 27932/2014, DESA.SERLY MARCONDES ALVES, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 08/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PRELIMINAR DE EXTEMPORANEIDADE. REJEITADA. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NÃO COMPROVADA. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MORAL E ESTÉTICO. POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR REDUZIDO EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. SENTENÇA RATIFICADA QUANTO AOS DEMAIS TERMOS. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. Na hipótese em que a apelação foi interposta depois da intimação pelo Correio, mas antes da juntada do AR aos autos, não há falar em extemporaneidade, conquanto, às partes lhes são assegurados antecipar o prazo do recurso se já possuem conhecimento do teor da decisão que se pretende atacar, entender o contrário caracterizaria excesso de formalismo quando se tem em linha de conta o princípio da celeridade dos processos judiciais. Ainda mais, quando não houve qualquer prejuízo para a parte contrária. Conforme precedentes do STJ, a apelação é tida como extemporânea quando interposta antes do julgamento dos embargos de declaração, sem ratificação no prazo de quinze dias, o que não ocorre. “O empregador é responsável por tomar todas as medidas necessárias à preservação da incolumidade física e psicológica do empregado em seu ambiente de trabalho, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho” (AgRg no Ag 1109933/SP). Afastada a culpa exclusiva da vítima e comprovada a responsabilidade do Município pelo acidente de trabalho que provocou lesões irreversíveis na vítima, imputa-se àquele o dever de indenizar pelos danos morais e estéticos. Reduzido o quantum indenizatório em atenção aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. “Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios é estabelecida de acordo com o § 4º do art. 20 do CPC, de forma equitativa pelo juiz, sem a imposição de observância dos limites previstos no § 3º do mesmo dispositivo legal”. AgRg no REsp 773.577/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 279. (Apelação / Reexame Necessário 70898/2013, DESA. NILZA MARIA PÔSSAS DE CARVALHO, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 07/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEPRESSÃO. AUSÊNCIA DE PROFISSIONAL COMPETENTE PARA AVALIAÇÃO DO QUADRO PSIQUIÁTRICO DA PACIENTE. SEM O LAUDO MÉDICO IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAR A INTERNAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DA AVALIAÇÃO DE ESPECIALISTA. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. RECURSO PARCIALMENTE PROVÍDO. 1. Está sedimentada na doutrina e na jurisprudência a responsabilidade dos entes públicos em garantir o direito à vida e à saúde. 2. Ausência de profissional para realização de laudo médico afirmando a necessidade do tratamento em questão, tendo em mira a gravidade da condição pessoal da beneficiária, faz-se necessário que o Estado possibilite a avaliação mediante profissional habilitado. 3. Recurso parcialmente provido. (AI, 20536/2014, DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 16/09/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CUSTEIO DE LEITE PARA CRIANÇA COM INTOLERÂNCIA ALIMENTAR. DIREITO À SAÚDE. APLICAÇÃO DO ART. 196 DA CR/88. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNANIMIDADE. 1. Imposição aos entes federativos nacionais do dever político-constitucional de assegurar, a todos, proteção à saúde. 2. O direito à saúde é, portanto, prerrogativa jurídica indisponível garantida à generalidade das pessoas pela própria Constituição, cuja integridade deve ser velada pelo Poder Público, a quem cabe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a assegurá-lo aos cidadãos. 3. Incide sobre o Poder Público a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve o art. 196 da Constituição da República. 4. Em verdade, o requerente demonstrou a imprescindibilidade do fornecimento do leite e da sua impossibilidade financeira de arcar com o custeio. 5. Destarte, deve o requerido fornecer o leite ao requerente, uma vez que possui o dever constitucional de garantir a saúde. 6. Reexame necessário, conhecido e improvido. Unanimidade. (Processo: 0354502014; Acordão: 1543932014; Data do registro do acordão: 30/09/2014; Relator: RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. PRELIMINAR DE CONVERSÃO EM AGRAVO RETIDO. REJEIÇÃO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. MULTA. QUANTUM PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVÍDO. 1. A decisão interlocutória que concede a antecipação dos efeitos da tutela, determinando o fornecimento de

medicamento pelo Estado, é suscetível, em tese, de causar dano ao erário, estando presente o requisito necessário à interposição do recurso na forma de instrumento. 2. A proibição de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública não é absoluta, devendo ser mitigada em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar de matéria afeta à saúde de paciente que necessita de tratamento médico. Preliminar rejeitada. 3. Comprovada a necessidade de internação por dependência química, é de ser determinada a medida, a fim de garantir a segurança do usuário e de seus familiares. O direito à saúde de forma gratuita enquadra-se como direito e garantia fundamental, sendo dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal). 4. A multa aplicada para o caso de descumprimento da obrigação, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), deve ser mantida, pois atende aos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. 5. Recurso conhecido e não provido. (Processo: 0181622014; Acordão: 1524332014; Data do registro do acordão: 03/09/2014; Relator: ANGELA MARIA MORAES SALAZAR)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA DE GASTROPLASTIA. RECUSA INJUSTIFICADA. DANO MORAL PURO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. 1. Nos termos da Resolução 262/2011 da Agência Nacional de Saúde, a gastroplastia é de cobertura obrigatória quando o paciente apresenta índice de massa corpórea igual ou maior do que 40 Kg/m². 2. Sendo obrigatória a cobertura, é vedado à operadora do plano de saúde desconsiderar a prescrição médica e interferir na escolha do tratamento do paciente. 3. Segundo o entendimento do STJ, a gastroplastia, indicada para o tratamento da obesidade mórbida, bem como de outras doenças dela derivadas, constitui cirurgia essencial à preservação da vida e da saúde do paciente segurado, não se confundindo com simples tratamento para emagrecimento. 4. Sendo injustificável a recusa na autorização do tratamento solicitado, acertada foi a sentença ao concluir pela abusividade do comportamento das Apelantes, condenando-as ao pagamento de indenização pelos danos morais puros. 5. O montante de R\$ 10 mil a título de indenização não se mostra excessivo e está em consonância com os valores fixados pelo STJ e por este Tribunal para indenizações do jaez. 6. Toda a cadeia de fornecedores responde pelos danos causados ao consumidor pela falha na prestação de serviço. 7. Apelos conhecidos e improvidos. Unanimidade. (Processo: 0576612013 Acordão: 1533892014; Data do registro do acordão: 23/09/2014; Relator: PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INDISPONIBILIDADE DE LEITO EM UTI NEONATAL. NÃO SUBMISSÃO DA USUÁRIA A EXAMES LABORATORIAIS. DIREITO À SAÚDE - ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

PROLONGAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. UNANIMIDADE. 1. O direito à saúde constitui direito fundamental do homem, sendo corolário do direito à vida. 2. Quanto à natureza da relação jurídica estabelecida entre as partes, entendo que o caso concreto deve ser tratado sob o manto do Código de Defesa do Consumidor. 3. As circunstâncias demonstram que a apelada figura como destinatária final, isto é, consumidora, e a apelante figura como fornecedora de serviços, nos moldes dos artigos 2º e 3º da Lei Consumidora. 4. Ora, a prestadora de médicos tem compromisso contratual com seus usuários de viabilizar-lhes a prestação de tais serviços por terceiros, ao repassar os valores devidos pelo atendimento, em contrapartida ao recebimento das quantias correspondentes às mensalidades pagas pelos usuários. 5. O contrato deveria ter sido cumprido, pois a apelada estava adimplente com suas obrigações contratuais, contudo a apelante deixou de oferecer a cobertura do atendimento médico de que necessitava naquele momento crucial. 6. Sentença mantida. 7. Apelação conhecida e improvida. Unanimidade. (Processo: 0401392014; Acordão: 1550662014; Data do registro do acordão: 16/10/2014; Relator: RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. ERRO MÉDICO OU FALTA DE MANUTENÇÃO DE BISTURI ELÉTRICO EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA. QUEIMADURAS DE TERCEIRO GRAU. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. QUANTUM DO DANO MATERIAL. APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. MANUTENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - A lide comporta análise à luz da teoria da responsabilidade objetiva, consagrada no art. 37, §6º, da Constituição Federal. II - Resta comprovado que o dano ao apelado foi causado por bisturi elétrico manejado por médico contratado pelo hospital, tornando-se irrelevante perquirir se este tomou todos os cuidados necessários na utilização do equipamento, tendo em vista que a responsabilidade objetiva prescinde da culpa. III - O valor arbitrado a título de danos morais deve observar, além do caráter reparatório da lesão sofrida, o escopo educativo e punitivo da indenização, de modo que a condenação sirva de desestímulo ao causador do ilícito a reiterar a prática lesiva, sem que haja, por outro lado, enriquecimento sem causa por parte da vítima. Assim, tenho por bem manter o quantum indenizatório. IV - De outra banda, estreme de dúvidas que as sequelas experimentadas pelo apelado o impediram de trabalhar na lavoura. Como bem ressaltou o Magistrado de 1º Grau, “enquanto não realizada a cirurgia reparadora de enxerto de tecidos, a locomoção do autor permanece comprometida, situação incompatível com a situação laboral desenvolvida pelo mesmo, a saber, lavrador. Em suas condições de saúde, o requerente não pode caminhar na lavoura e trabalhar sob o

calor e a luz solar durante todo o dia" (fls. 71/72). V - Desse modo, faz jus o apelado à indenização por danos materiais, na modalidade lucros cessantes, pela impossibilidade de realização de atividade laboral em razão das lesões sofridas. Contudo, tendo em vista que a incapacitação para o trabalho é temporária, a indenização por lucros cessantes, fixada em 01 salário mínimo por mês, deve contar a partir da data do acidente até a data da recuperação definitiva do apelado - evento a ser apurado em liquidação de sentença. VI - O apelado teve a sua integridade física ofendida por diversas cicatrizes decorrentes de queimaduras de terceiro grau, o que afetou a higidez de sua saúde, a incolumidade e a harmonia das formas do seu corpo, o que lhe acarreta um sofrimento interno e psicológico indizível, razão pela qual faz jus ao dano estético. Tenho que a indenização estética foi escorreitamente arbitrada pelo Juiz a quo em razão de serem proporcionais à lesividade do evento, considerando, ainda, que o recorrido necessitará de 03 cirurgias reparadoras com vistas à sua recuperação. VII - Não vejo razões para reduzir a verba honorária sucumbencial, a qual foi fixada de forma proporcional em 15% sobre a condenação, em observância ao disposto no art. 11, §1º, da Lei nº 1.060/1950. VII - Apelo parcialmente provido. (Processo: 0078612014; Acordão: 1533762014; Data do registro do acordão: 23/09/2014; Relator: ANGELA MARIA MORAES SALAZAR)

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ESTADUAL. REMOÇÃO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. DOENÇA CRÔNICA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL Nº 8.112/90 ANTE O SILENCIO DA LEI ESTADUAL. POSSIBILIDADE. LAUDO DE JUNTA MÉDICA OFICIAL. DESNECESSIDADE. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. I - Havendo omissão na legislação estadual quanto à remoção de servidor para tratamento de saúde, cabível a aplicação, por analogia, da legislação federal, com base no princípio constitucional da isonomia, e também pelo dever do Estado, igualmente ditado pela Constituição, de garantir a saúde de todos e a unidade familiar. II - Mostra-se desnecessária a avaliação do servidor por Junta Médica Oficial, em razão da existência de elementos que comprovam o estado de saúde motivador da remoção. III - Comprovado nos autos que a servidora é portadora de doença crônica e que na localidade de sua lotação não existe tratamento especializado, possui a impetrante o direito líquido e certo à remoção para Comarca mais próxima da cidade em que possui, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, direito à saúde e à vida. (Processo: 0023452014; Acordão: 1522192014; Data do registro do acordão: 01/09/2014; Relator: JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO SERGIPE

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE - RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS

– DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - Paciente portador de “transtorno de déficit de atenção” - Necessidade de utilização do medicamento “ritalina 20 mg” - Sentença de primeiro grau que condenou o estado de Sergipe e o município de Aracaju ao fornecimento do remédio e ao pagamento de indenização por danos morais no importe de r\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) – recurso do estado de Sergipe pugnando: 1º) sua exclusão do pólo passivo da lide – rejeitado – parte legítima para responder juridicamente – 2º) impossibilidade de imposição para fornecimento de medicamento não disponível na rede pública – afastado – observância ao princípio da dignidade humana 3º) exclusão ou redução do valor da indenização por danos morais - ausência de conduta ilícita por parte do ente público - reforma pontual da sentença da afastar a condenação por danos morais. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O direito fundamental à saúde, constante nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal configura-se num dever de prestar do Estado, através de seus entes políticos. 2. O Apelado se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, provando suficientemente o fato constitutivo do seu direito, através da documentação acostada, qual seja, a necessidade da utilização do medicamento. 3. Recurso do Estado de Sergipe conhecido e parcialmente provido, para excluir a indenização por danos morais. (Apelação Nº 201400704927, 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, RUY PINHEIRO DA SILVA, RELATOR, Julgado em 14/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CIRURGIA REALIZADA NO HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR – CORPO ESTRANHO (COMPRESSA) DEIXADO NO ORGANISMO DA PACIENTE – MORTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ART. 37, § 6º DA CF – ATO ILÍCITO E NEXO CAUSAL - CONFIGURADOS - DANO MORAL – CONSTATADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANTIDO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.960/2009 – IPCA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ANÁLISE PREJUDICADA. I – Trata-se de responsabilidade objetiva do Estado, descrita nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal, segundo o qual respondem as pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causem a terceiros. Assim, deve-se examinar, tão somente, a questão fática, e, havendo relação de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do agente e o dano, a indenização é devida; II – Não se desincumbindo o requerido do ônus de provar a ocorrência de excludente de sua responsabilidade e havendo o nexo causal entre a conduta do requerido e o dano suportado pelos autores, patente é o dever de indenizar; III – O montante indenizatório, com respeito ao dano moral, é fixado pelo órgão judicante por meio de um juízo de equidade, devendo operar em seu exercício a sensatez, equanimidade, isenção e imparcialidade, de sorte a propiciar uma compensação para o lesado e uma punição para o agente lesante, visando

coibir reincidências, mas, em hipótese alguma, deve-se permitir sua utilização como fonte de enriquecimento sem causa, pelo que, considerando-se as circunstâncias do caso, mostra-se razoável a manutenção do quantum fixado pelo Juízo *a quo*; IV – Sobre a condenação imposta ao ente estatal devem incidir juros de mora aplicados à caderneta de poupança, desde o evento danoso, sendo que a correção monetária, por força do efeito translativo do recurso, deve incidir de acordo com o IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período; V – Os ônus da sucumbência devem ser fixados na medida em que se observa o decaimento das partes em relação aos seus pleitos. Tendo, in casu, a parte autora sucumbido em metade dos seus pedidos, impõe-se a condenação pro rata do ônus sucumbencial, nos termos do art. 21, caput do Código de Processo Civil, autorizando inclusive a compensação dos honorários advocatícios, conforme a súmula nº 306 do STJ; VI – Diante do reconhecimento da sucumbência pro rata entre as partes, com a compensação recíproca dos honorários advocatícios, resta prejudicada a análise do pleito de redução da verba advocatícia; VII – Recurso conhecido e parcialmente provido, determinando-se a incidência de correção monetária pelo IPCA, em face do efeito translativo do recurso. (Apelação Nº 201400813758, 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, GILSON FELIX DOS SANTOS, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 09/09/2014)

DIREITO PENAL SANITÁRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – COBRANÇA DE TAXAS POR PROCEDIMENTOS ENGLOBADOS NO CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A CLÍNICA DO EMBARGANTE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO – SIMPLES REEXAME DA MATÉRIA – IMPOSSIBILIDADE. I – Inexiste omissão no julgado quando a decisão embargada enfrentou todas as questões necessárias ao deslinde da lide de forma precisa e coerentemente fundamentada, tendo este Juízo entendido, por unanimidade, pelo desprovimento da apelação interposta pelo ora embargante; II – Inexistindo contradição, omissão ou obscuridade a serem supridas, por ter a decisão apreciado a matéria na extensão suficiente para a solução da lide, insuficiente a pretensão de simples prequestionamento para o acolhimento dos presentes embargos, pois ausentes os requisitos e pressupostos exigidos pelo art. 619 do CPP; III – Embargos conhecidos e desprovvidos. (Embargos de Declaração Nº 201400318554, CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, IOLANDA SANTOS GUIMARÃES, RELATOR, Julgado em 26/08/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO MAGISTRADO – NATEM. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS POR AUSÊNCIA DE SUBSÍDIOS PARA

APRESENTAÇÃO DE PARECER MÉDICO. INICIAL INSTRUÍDA APENAS COM PRESCRIÇÃO MÉDICA E COM PROVA DA RECUSA AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. INTIMAÇÃO DA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE PROVA DO DIREITO ALEGADO. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO INDIVIDUAL MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. 1. Pretendendo a reforma de decisão individual do Relator, os aclaratórios devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade. 2. Se ao Poder Judiciário é constitucionalmente admitida a concessão de medicamentos, inexistindo, nestes casos, qualquer violação à discricionariedade administrativa na escolha das políticas públicas, por outro lado, não menos verdade que essa atuação do Judiciário é medida excepcional, sempre condicionada à comprovação da imprescindibilidade do medicamento pleiteado à saúde ou à vida. 3. Para comprovar a imprescindibilidade do medicamento ao seu tratamento, a impetrante colacionou apenas a prescrição médica (receita), cujo teor nem sequer aponta qual doença lhe acomete. Não há provas (v. g. laudo médico, exame) da doença da impetrante nem do estágio em que ela se encontra, o que impede a análise da indispensabilidade do medicamento pleiteado e especificamente dessa medicação. Isso porque, havendo outro fármaco igualmente eficaz contemplado com programas públicos de distribuição gratuita, não se mostra razoável a concessão de medicamento específico, ao alvedrio da impetrante, do seu médico ou do Poder Judiciário. 4. É bem verdade que a jurisprudência não tem admitido o indeferimento de mandado de segurança por ausência de prova pré-constituída sem que seja oportunizado a emenda da inicial, mas, intimada sobre a carência probatória, a impetrante limitou-se a aludir à prescrição médica (receita), sem juntar a prova necessária à comprovação do direito líquido e certo alegado. 5. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental e negado provimento ao recurso, mantendo a decisão individual de indeferimento da inicial e consequente denegação da segurança em todos os seus termos. Decisão: Acordam os componentes do Egrégio Tribunal Pleno, à unanimidade de votos, em conhecer dos embargos de declaração como agravo regimental e negar provimento ao recurso, mantendo a decisão individual de indeferimento da inicial e consequente denegação da segurança em todos os seus termos, nos moldes do voto do Relator. (201400010044245; Des. Erivan José da Silva Lopes; Classe: Mandado de Segurança; Julgamento: 09/10/2014; Órgão: Tribunal Pleno)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. HOSPITAL QUE NÃO FAZ PARTE DA REDE CREDENCIADA DO PLANO CONTRATADO COM A UNIMED DE TERESINA. CLÁUSULA DE ABRAGÊNCIA TERRITORIAL. VALIDADE. SITUAÇÃO EMERGENCIAL NÃO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE DA RÉ APENAS QUANTO AOS VALORES QUE PAGARIA EM CASO DE ATENDIMENTO NA REDE CREDENCIADA. 1. Contrato de plano

de saúde firmado com cláusula de abrangência territorial. Validade. Art. 16, inc. X, da Lei nº 9.656/98. 2. Intervenção cirúrgica. Médico e hospital que não fazem parte da rede credenciada. Ausência de urgência. 3. A autora tem direito, contudo, ao reembolso do que a ré teria despendido em caso de atendimento em hospital da rede conveniada. 4. Recurso conhecido e provido para condenar a ré ao pagamento de quantia que seria despendida no atendimento em rede conveniada. Decisão: A C O R D A M os componentes da Egrégia 1ª Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, por maioria de votos, pelo conhecimento do recurso interposto e, no mérito, pelo seu provimento, revogando a decisão agravada para condenar a parte ré/agravante ao pagamento das despesas hospitalares comprovadas pela autora/agravada no limite máximo do que seria pago pela tabela própria do plano contratado com a Unimed Teresina, a um hospital credenciado ao intercâmbio na cidade de São Paulo. Vencido o Exmo. Sr. Des. Fernando Carvalho Mendes. (201200010011991; Des. Fernando Carvalho Mendes; Classe: Agravo de Instrumento; Julgamento: 23/09/2014; Órgão: 1a. Câmara Especializada Cível)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. ATIVIDADE INSALUBRE. CONVERSÃO DO PERÍODO TRABALHADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS EM TEMPO DE ATIVIDADE COMUM. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O servidor público que trabalhou sob condições especiais que prejudicam a sua saúde ou a sua integridade física não poder ser prejudicado pela inércia do legislador infraconstitucional que ainda não editou a lei complementar reguladora do art. 40, § 4º, da CF. O Poder Judiciário Brasileiro tem decidido que a referida omissão legislativa pode ser suprimida através da analogia, mediante aplicação dos requisitos e critérios fixados pelo Regime Geral da Previdência Social, tendo em vista o disposto no § 12 do art. 40 da CF. Por essa razão, não merece prosperar o argumento do Estado do Piauí, segundo o qual a pretensão do Impetrante não poderia ser concedida em razão de o art. 40, § 4º, da CF, consistir em norma de eficácia limitada. 2. Por outro lado, ainda que se entendesse pela impossibilidade de aplicação do art. 40, § 4º, da CF, em decorrência da inexistência de lei complementar reguladora, insta salientar que o Impetrante não almeja, através do presente writ, a concessão da aposentadoria especial com base no referido dispositivo constitucional, mas tão somente a conversão do período trabalhado sob condições especiais em período de atividade comum. E, como se sabe, “o tempo de serviço é disciplinado pela lei em vigor à época em que efetivamente exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador” (STJ, AgRg no AResp nº 436.240/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/05/2014). 3. Restou comprovado nos autos que o Impetrante exerceu atividade insalubre durante o período de 10/03/1983 a 31/12/1995, o que, segundo as legislações vigentes à época da prestação do serviço (Lei nº 5.890/1973, Decreto nº 83.080/79, Lei nº 8.213/91 e Lei nº

9.032/95), lhe confere o direito à conversão do período trabalhado sob condições especiais em período de atividade comum, em respeito ao princípio do tempus regit actum e ao princípio do direito adquirido. 4. Todavia, “em sendo o fator de conversão um critério exclusivamente matemático, que visa estabelecer uma relação de proporcionalidade com o tempo necessário à concessão da aposentadoria, o índice a ser adotado deve ser aquele vigente na ocasião do requerimento administrativo do benefício” (STJ, AgRg nos EREsp 1248515/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe 02/06/2014). Por essa razão, entendo que deve ser aplicado ao caso do Impetrante o fator de conversão de 1,4 (um vírgula quatro), nos termos do Decreto nº 4.827/2003. 5. SEGURANÇA CONCEDIDA. Decisão: ACORDAM os componentes do Egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, à unanimidade, em consonância com o parecer oral do representante do Ministério Público Superior, em REJEITAR a preliminar de não cabimento do Mandado de Segurança, arguida pelo Procurador do Estado na Tribuna; ACORDAM, também à unanimidade e em conformidade com o parecer ministerial superior, em CONCEDER a segurança pleiteada, no sentido de (i) anular a decisão do Processo Administrativo nº 1188/2008; (ii) determinar que a autoridade coatora proceda à conversão do tempo de serviço trabalhado pelo impetrante em condições especiais em tempo de atividade comum, referente ao período de 10/03/1983 a 21/012/1995, utilizando, para tanto, o fator de conversão de 1,4 (um vírgula quatro); bem como que (iii) expeça a respectiva certidão de tempo de serviço, tudo em conformidade com o voto do Relator. Custas a cargo do impetrado. Sem condenação em honorários advocatícios, por força do artigo 25 da Lei 12.016/09, da Súmula 512, do STF, e da Súmula 105, do STJ. (200900010032648; Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho; Classe: Mandado de Segurança; Julgamento: 04/09/2014; Órgão: Tribunal Pleno)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUTOR PORTADOR DE HEPATOCARCINOMA. MEDICAMENTO NEXAVAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA EM TODOS OS SEUS TERMOS. RECURSO IMPROVIDO POR UNANIMIDADE. Trata-se de Recurso de Agravo interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão terminativa (fls. 178-179), proferida pela Relatoria do Des. Antenor Cardoso Soares Júnior que negou seguimento à Apelação Cível (proc. nº 0340032-0), com fulcro no art. 557, caput do CPC e no art. 74, VIII do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Irresignado com a referida decisão, o Estado - Agravante, reitera os fundamentos do apelo, suscitando, em sede preliminar, a existência de litispendência, alegando existir demandas com o mesmo pedido e causa de pedir, razão pela qual pugna pela extinção do feito sem resolução meritória. Quanto ao mérito, defende que o medicamento requerido deve ser fornecido pelos Centros de Alta Complexidade Oncológica - CACONS e não pela

Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco, conforme Portarias GM/MS Nº 2439/05, SAS/MS e 74105 GM/MS. Alega ainda que a fixação de astreintes no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) ao dia configura-se ônus excessivo, malferindo decisão recorrida o disposto no §4º do art. 461 do CPC. A par de tais argumentos, pugna pelo provimento do presente Recurso de Agravo, para que seja modificada integralmente a decisão ora combatida. Não acolhendo esta Relatoria a insurgência do ora recorrente, por razões adiante demonstradas, prejudicada a retratação, coloco o processo em mesa, para julgamento. Não assiste razão ao recorrente, haja vista os fundamentos esposados serem insuficientes para modificar a decisão ora impugnada. Desta feita, para evitar repetição de argumentos, mantenho a decisão terminativa proferida, por seus próprios fundamentos, razão pela qual faço remição, para que faça parte integrante da presente decisão (fls. 178-179): “DECISÃO TERMINATIVA. Trata-se de Apelação Cível interposta contra decisão (fls.123-123-v) exarada pelo MM Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, nos autos da Ação Ordinária de Obrigaçāo de Fazer, com pedido de antecipação de tutela (proc. nº 0002311.59.2013.8.17.0001), julgou procedente o pedido, ratificando a liminar já deferida, para condenar o Estado de Pernambuco a fornecer ao autor o medicamento NEXAVAR 200 mg, em razão de o apelado ser portador de hepatocarcinoma (câncer de fígado). Alega o apelante, em sede preliminar, a existência de litispendência, afirmando ter o recorrido movido perante o 1º Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital demanda com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, tombada sob o nº 0023707-67.2012.8.17.8201. Nas demais razões recursais, defende o Estado-apelante a necessidade de reforma da decisão ora vergastada, em razão de existir política pública para assistência oncológica, através dos CACONS (Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia), sendo esses responsáveis pelo fornecimento de medicamentos oncológicos. Ademais, sustenta que a decisão ora impugnada feriu os princípios constitucionais da isonomia e da separação dos poderes, bem como da reserva do possível, devendo, portanto, ser modificada. Ao final, defende a exorbitância da multa diária fixada pelo juízo a quo, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e sua necessária revogação. Por derradeiro, pugna pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença ora combatida, extinguindo o processo sem resolução de mérito, em razão da existência de litispendência, ou, caso assim não entenda esta Relatoria, requer o provimento do Apelo, para julgar improcedente a demanda original. Contrarrazões apresentadas às fls. 150-160, pugnando pelo improviso do apelo. A Douta Procuradoria de Justiça ofereceu Parecer às fls. 172-175, opinando pela manutenção da decisão e pelo desprovimento do apelo. É o essencial a relatar. Analisando detidamente os autos, vislumbro que a decisão recorrida não merece reforma. Explico. Em relação à preliminar de litispendência, ressalto que não assiste razão à Apelante. Isso porque, conforme bem analisado pelo douto magistrado a quo, as causas de pedir da demanda originária e da outra ação apontada pela parte ré, ora apelante, são diversas, tendo em vista que se baseiam em diferentes laudos médicos, não havendo, desta forma, fundamento relevante

para a extinção do feito sem resolução de mérito. Quanto ao cerne da questão em apreço, deflui do cotejo dos autos que o apelado é portador de Hepatocarcinoma (Câncer no fígado), motivo pelo qual, a médica Dra. Dayse Barbosa Aroucha (CRM 6502), solicitou o uso do medicamento NEXAVAR 200mg, conforme laudo médico anexado às fls. 15-16. No caso em tela, existe evidente lesão à parte apelada, pois o não fornecimento do medicamento Nexavar, de forma contínua, prescrito no laudo médico pela Oncologista Dra. Dayse Barbosa Aroucha (CRM 6502) (fl.15-16), pode causar à parte recorrida risco de morte. Mesmo não constando no rol dos medicamentos cobertos pelo SUS nada impede que seja fornecido ao cidadão necessitado o tratamento adequado de que precisa para sua melhora, sendo, pois, dever do Ente Público e direito de todos a garantia à saúde e à vida, como exposto na Constituição Federal nos arts. 196 e 197. Constatada a necessidade de fornecimento do medicamento essencial a saúde do cidadão, como no caso em tela, cabe ao Estado prover as condições indispensáveis à plena efetivação da política nacional de assistência à saúde. Sobre a matéria, o Min. Celso de Melo concluiu que: “[...] a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art.197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpre o mandamento constitucional em apreço. (AgR-RE N. 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000). Da mesma forma, é jurisprudência pacífica e consolidada em outros Tribunais de Justiça que é dever do Estado fornecer medicamento imprescindível ao cidadão carente, a saber: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigaçāo do Estado de fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (AI-AgR 648971 / RS, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 04/09/2007). Feitas essas considerações, com arrimo no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao presente recurso de Agravo de instrumento, em razão do mesmo estar em manifesto confronto com a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores e deste próprio Tribunal de Justiça, mantendo-se o decisum fustigado em todos os seus termos. Acerca desse tema, o Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), através da Seção Cível, realizada no dia 03 de maio de 2007, aprovou o seguinte enunciado sumular, in verbis: “Súmula 18: É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial”. De outra banda, quanto à aplicação da multa diária, entendo que o seu objetivo é fazer com que a parte Impetrada cumpra a obrigação que lhe foi imposta. Ou seja, a multa não é um fim em si mesmo, senão um instrumento destinado a compelir o seu destinatário ao cumprimento forçado da obrigação que lhe foi imposta. Assim, a quantia fixada não pode ser irrisória a ponto de ser mais vantajoso pagá-la, do que cumprir a obrigação. Nesta senda, tenho que o valor fixado pelo magistrado de primeira instância

está condizente com a finalidade da multa, bem como com o interesse em questão, qual seja, a saúde e vida do recorrido. Por fim, o apelante requereu, alternativamente, a exigência de que o medicamento apenas fosse disponibilizado ao apelado mediante a apresentação periódica de laudos médicos atualizados, caso venha a ser tido como improcedente o presente recurso. De acordo com as circunstâncias do caso, e constatada a necessidade do fornecimento contínuo e ininterrupto do medicamento, entendo que não é cabível a reforma pela apresentação periódica de receitas médica. Ante todo o exposto, com fulcro nos artigos 557, caput do Código de Processo Civil e 74, inciso VIII do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, considerando o seu manifesto confronto com a Jurisprudência dominante deste Egrégio Tribunal, nego seguimento ao presente recurso de apelação. Publique-se. Intime-se. A par de tais fundamentos, NEGO PROVIMENTO ao recurso de Agravo, para que seja mantida, em todos os seus termos, a decisão terminativa concedida no bojo da Apelação Cível n. 0340032-0. A 3^a Câmara de Direito Público, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de Agravo, mantendo inalterada, em todos os seus termos, a decisão monocrática proferida no bojo da Apelação Cível n. 0340032-0. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Agravo nº 0340032-0, em que figuram como agravante Estado de Pernambuco e como agravado Victor Joaquim Ferreira Fialho de Oliveira. ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Egrégia 3^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Agravo nº 0340032-0, tudo em conformidade com a ementa, o relatório e o voto que passam a integrar este aresto. (3^a CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO; RECURSO DE AGRAVO nº 0002311-59.2013.8.17.0001 (0340032-0); RELATOR: Des. Antenor Cardoso Soares Júnior; RELATOR SUBSTITUTO: Juiz José Viana Ulisses Filho)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. RISCO GESTACIONAL. TRATAMENTO COM IMUNOGLOBULINA HUMANA ENDOVENOSA E COM HEPARINA DE BAIXO PESO (CLEXANE). ALEGAÇÃO DE MEDICAÇÃO EXPERIMENTAL E DE REGIME DOMICILIAR. DESCABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 35-C, I E II, LEI 9656/98. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. O histórico de aborto habitual e o risco gestacional atestado pelo médico assistente enquadram-se nas indicações do tratamento com imunoglobulina humana endovenosa e com heparina de baixo peso (clexane). 2. Independente do regime em que deve ser ministrado o tratamento, é obrigatória a cobertura do atendimento de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente, bem como de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional - inteligência do art. 35-C, incisos I e II, da Lei 9656/98. 3. Nos termos da jurisprudência do STJ,

somente ao médico que acompanha o paciente é dado definir seu tratamento adequado, de modo que a seguradora não pode substituí-lo e limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado. 4. É devida a indenização pelo dano moral, com base em entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a injusta recusa de cobertura de seguro saúde agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com saúde debilitada. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo Regimental nº 0016095-11.2010.8.17.0001 (0233597-3), acordam os Desembargadores da Câmara Extraordinária Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, na conformidade dos votos, notas taquigráficas e demais peças processuais que integram este julgado, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao agravo legal, nos termos do voto do Relator Desembargador Fábio Eugênio Oliveira Lima. (CLASSE: Embargos de Declaração; RELATOR: Antenor Cardoso Soares Junior; ORGÃO JULGADOR: 3ª Câmara de Direito Público; DATA JULGAMENTO: 14/10/2014; AGRAVO REGIMENTAL Nº 0016095-11.2010.8.17.0001 - 0233597-3)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA - AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA REPARADORA DE MAMA PÓS-GASTROPLASTIA - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES IDENTIFICADA - EXISTÊNCIA DE LAUDOS MÉDICOS ATESTANDO A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO - FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO EVIDENCIADO - POSSIBILIDADE DE COMPROMETIMENTO DA SAÚDE FÍSICA OU PSIQUICA DA AUTORA - AUSÊNCIA DE PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA - DECISÃO MANTIDA. 1. Pra o deferimento de medida antecipatória, é necessária a presença da verossimilhança das alegações, baseada em prova inequívoca, assim como o fundado receio de dano grave e de difícil reparação, nos moldes do artigo 273 caput e inc. I do CPC. 2. No caso concreto, a verossimilhança está presente na apresentação de laudos médicos, os quais tratam a intervenção como cirurgia reparadora, de caráter não estético, capaz de trazer males à saúde da Autora. Há ainda que se asseverar a edição da Súmula 30 do TJPE, que considera abusiva a cláusula que nega esse tipo de intervenção cirúrgica complementar. 3. O fundado receio de dano grave e de difícil reparação está evidenciado pelos males que revogação da tutela poderá causar, notadamente no âmbito físico e psíquico da Autora. 4. Não há que se falar em irreversibilidade da medida em desfavor do Plano de Saúde Agravante, já que eventual improcedência permitirá a busca pelos valores despendidos na cirurgia. 5. Recurso não provido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos; Acordam os Excelentíssimos Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, à unanimidade de votos, em negar provimento ao presente recurso, tudo nos termos do voto do Relator

e notas taquigráficas, que passam a fazer parte integrante deste aresto. (CLASSE: Agravo; RELATOR: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima; ORGÃO JULGADOR: 1º Câmara Extraordinária Cível; DATA JULGAMENTO: 10/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO., PLANO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DE REAJUSTE DE FAIXA ETÁRIA POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA DE CONSUMIDOR IDOSO. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. REAJUSTE CABÍVEL NO PERCENTUAL ADOTADO PELA ANS. PRESCRIÇÃO DECENAL. Art. 205 do CC. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO EM DOBRO COM BASE NO CDC. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSIÇÃO DE MÁ-FÉ. REPETIÇÃO SIMPLES. 1. É cabível o reajuste atuarial, não com base na mudança de faixa etária, mas sim com base nos percentuais adotados pela ANS. 2. O prazo prescricional aplicável nas hipóteses em que se discute a revisão de cláusula considerada abusiva pelo beneficiário de plano de saúde é de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do Código Civil. Assim, cabível, no presente caso, apenas o resarcimento dos valores recebidos nos últimos 5 anos, momento em que houve o reajuste ilegal, como base na mudança de faixa etária. 3. Parcial provimento ao recurso da seguradora/ré. 4. Total provimento ao recurso da parte autora. Decisão unânime. ACÓRDÃO. Visto, discutido e votado este recurso de apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da PRIMEIRA Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso da seguradora e negar provimento ao apelo da autora, tudo nos termos dos votos e notas taquigráficas anexas, que passam a fazer parte integrante deste julgado. (Agravo Regimental; RELATOR: Agenor Ferreira de Lima Filho; ORGÃO JULGADOR: 5ª Câmara Cível; DATA JULGAMENTO: 08/10/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE RECONHECIDA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DOS PAGAMENTOS REALIZADOS APÓS O REAJUSTE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGALIDADE DO REAJUSTE. PREVISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CDC. NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. VEDAÇÃO DE REAJUSTE COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, NA IDADE DO USUÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE PROVA DA MÁ-FÉ. SENTENÇA REFORMADA PARA ESTABELECIMENTO DA DEVOLUÇÃO NA FORMA SIMPLES. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 1. “A orientação jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que é abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, sendo irrelevante que o contrato

tenha sido celebrado antes da vigência do Estatuto do Idoso, da Lei nº 9.656/98 ou do Código de Defesa do Consumidor" (STJ, AgRg no AREsp 257.898/PR). 2. "A iniciativa da empresa recorrida de reajustar as prestações do plano de saúde, com base na mudança da faixa etária, encontra-se amparada em cláusula contratual e presumidamente aceita pelas partes. Desse modo, não há razão para concluir que a conduta da administradora do plano de saúde foi motivada por má-fé, de forma a possibilitar a repetição em dobro de valores" (STJ, AgRg no AREsp 268.154/RJ). (TJPB - Acórdão do processo nº 00650758620128152001 - Órgão (4ª Câmara Especializada Cível) - Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA - julgado em 19-08-2014)

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO. AGENTE DE VIGILÂNCIA AMBIENTAL DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DO ENTENDIMENTO SUMULADO DO TJPB. ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC, E SÚMULA 253, DO STJ. PROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA E DO APELO DO MUNICÍPIO. - Guardando consonância com a recente linha jurisprudencial uniformizada da Egípcia Corte de Justiça da Paraíba, acerca do referido adicional: "O pagamento do adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico administrativo, depende de lei regulamentadora do ente ao qual pertencer"1, imperativo o provimento do recurso para julgar improcedente o pedido inicial. - Em não havendo previsão específica da legislação do Município de Sousa acerca da extensão do adicional de insalubridade à categoria dos agentes de vigilância ambiental de saúde, incabível a concessão do pleito vestibular, em razão do que deve ser reformada a sentença *sub examine*. - Reformado o provimento jurisdicional proferido pelo douto magistrado a quo, para o fim de julgar improcedente a percepção de adicional de insalubridade, resta prejudicado o pleito recursal atinente ao recebimento de valores retroativos. (TJPB - Acórdão do processo nº 00015151620128150371 - Relator DES JOAO ALVES DA SILVA - julgado em 18-08-2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. CIRURGIA PLÁSTICA DE RECONSTRUÇÃO DE MAMAS. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE EXPANSORES DE PELE NECESSÁRIOS AO PROCEDIMENTO PELA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO. PRELIMINARES. PERDA DO OBJETO. SUPOSTO FORNECIMENTO VOLUNTÁRIO. INOVAÇÃO RECURSAL. DOCUMENTOS APRESENTADOS ORIGINALMENTE EM SEGUNDO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REJEIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO PARA INDICAÇÃO DAS PROVAS DESEJADAS. INÉRCIA.

REJEIÇÃO. MÉRITO. EXCLUSÃO PREVISTA EM CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA. IRRELEVÂNCIA. ESVAZIAMENTO DO OBJETO CONTRATUAL. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO. 1. A tese de cumprimento voluntário da obrigação perseguida, inovadoramente agitada nas razões de apelação e amparada por documentos não apresentados em primeiro grau, é insusceptível de valoração original em segundo grau, sob pena de supressão de instância. 2. Não há cerceamento de defesa quando a parte, intimada para indicar as provas que deseja produzir, permanece inerte. 3. “É nula a cláusula contratual que exclua da cobertura órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor” (STJ, REsp 1364775/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013). (TJPB - Acórdão do processo nº 00089277920108150011 – Órgão 4ª Câmara Especializada Cível - Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA – julgado em 14-08-2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE. TESE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE ALAGOAS. REJEITADA. DESNECESSIDADE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO PLENÁRIO DO STF. IMPRESCINDIBILIDADE DO TRATAMENTO ONCOLÓGICO. VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ARTIGO 196 E SEGUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI N.º 8.080/90. MEDICAMENTO QUE NÃO INTEGRA A LISTA DOS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS OU ESPECIAIS. IRRELEVÂNCIA. GARANTIA DE INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Tanto a União Federal, quanto o Estado e o Município são partes legítimas para integrarem o polo passivo na demanda em que se pretende o fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, em virtude da responsabilidade solidária dos entes federativos que compõem o Sistema Único de Saúde - SUS, responsabilidade esta não afastada pela existência dos denominados CACONs - Centros de Alta Complexidade em Oncologia ou UNACONs - Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia, na esteira de precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

(0710957-68.2012.8.02.0001 Apelação / Saúde; Relator(a): Des. Fábio José Bittencourt Araújo; Comarca: Maceió; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE/DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL. PRIORIDADE DE TRAMITAÇÃO. IDOSO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE CADEIRA DE RODAS MOTORIZADA. DEFICIENTE FÍSICO PARAPLÉGICO. DIREITO À SAÚDE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO E PROVÍDIO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A cadeira de rodas para o deficiente é uma extensão do seu corpo, aumentando as possibilidades de locomoção, de maior qualidade de vida, de independência e de inclusão social da pessoa portadora de necessidades especiais. 2. Reverbera a Carta Magna, em seu art. 23, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. 3. O fornecimento de medicamentos e insumos, como cadeira de rodas, pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime. (0801217-79.2013.8.02.0900 Agravo de Instrumento / Saúde; Relator(a): Des. Fábio José Bittencourt Araújo; Comarca: Maceió; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. Defensoria pública representando beneficiário usuário de drogas. Pedido relativo à internação compulsória. Estado de Alagoas, integrante da lide, tem a obrigação de garantir o direito à saúde. Estatuto da criança e do adolescente. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. Reexame necessário dispensado, uma vez que todos os pontos da sentença e as questões levantadas no processo restaram apreciados na presente decisão. (0700143-21.2012.8.02.0090 Apelação / Saúde; Relator(a): Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo; Comarca: Maceió; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO OCULAR QUIMIOTERÁPICO COM ANTIANGIOGÊNICO. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE 48 HORAS. Alegação de exiguidade do prazo e redução do valor

arbitrado. Impossibilidade. Prazo e valor da multa razoáveis e compatíveis com a natureza da medida antecipatória deferida. Caráter coercitivo, garantia de eficácia das decisões judiciais. Preservação de bem maior que está em iminente risco: à saúde da paciente. Decisão mantida. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (0800366-06.2014.8.02.0900 Agravo de Instrumento / Seguro; Relator(a): Des. Klever Rêgo Loureiro; Comarca: Maceió; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/09/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE E SOLICITAÇÃO DE MATERIAL CIRÚRGICO. Não fornecimento pela prestadora dos serviços de assistência à saúde. Recusa da empresa. Não demonstração da natureza legítima da escusa. Situação de urgência que demanda a pronta resposta ao gravame. Responsabilidade objetiva. Ocorrência do dano moral. Nexo causal evidenciado. Indenização que se impõe. Necessidade de minoração do quantum indenizatório. Fixação em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Reforma parcial da sentença que impõe. Conhecimento e provimento parcial do apelo da empresa demandada. Conhecimento e desprovimento do recurso adesivo da parte autora. Ementa: civil e processual civil. Apelação cível. Plano de saúde. Negativa de autorização para utilizar material específico solicitado. Ilegalidade. Incidência do código de defesa do consumidor. Necessidade pinça ultracision para realizar cirurgia de apendicectomia por videolaparoscopia devidamente comprovada. Finalidade de reparar problema de saúde. Indenização por danos morais devida e fixada em montante razoável. Precedentes. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Cível n° 2013.022490-9, Relator: Des. Ibanez Monteiro, 2ª Câmara Cível do TJRN, Julgamento: 26/08/2014). EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE PRÓTESE IMPORTADA PARA CIRURGIA DE DEPENDENTE NA FORMA PRESCRITA PELO MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE NÃO PODE LIMITAR O DIREITO AO TRATAMENTO ADEQUADO SOB PENA DE RESTRINGIR DE MANEIRA ILÍCITA A ABRANGÊNCIA DA ASSISTÊNCIA CONTRATADA. ESCOLHA QUE CABE AO MÉDICO E NÃO A SEGURADORA. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 47 DO CDC. DEVER DE REPARAR QUE SE IMPÕE. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS. (Processo: 2014.013188-9; Julgamento: 16/10/2014; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível; Classe: Apelação Cível)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILANCIA EPIDEMIOLOGICA. INABILITAÇÃO DE CANDIDATO À DOAÇÃO DE SANGUE.

Comportamento de risco identificado em portaria do Ministério da Saúde. Critério que não estabelece restrição por orientação sexual. Ausência de conduta discriminatória ou degradante. Ausência de prova sobre o descarte irregular de material coletado do autor. Frustração pela não doação de sangue que não se configura em lesão moral. Precedentes neste sentido. Improcedência dos pedidos iniciais. Reforma da sentença que se impõe. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. (Relator: Juiz Azevêdo Hamilton Cartaxo (Convocado); Processo: 2014.002425-4; Julgamento: 07/10/2014; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível; Classe: Apelação Cível)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO DE USO DE DROGA. DEVER CONSTITUCIONAL. LIMINAR. NECESSIDADE COMPROVADA. 1. Por tratar-se de direito fundamental à saúde, protegido pela Constituição Federal, é dever doenças, com manutenção dos serviços pertinentes, assegurando-se direito à saúde a todos os cidadãos. 2. A responsabilidade pela internação compulsória é solidária entre União, Estados e Municípios. Deste modo, eventual deliberação acerca de repartição de competências entre tais entes federativos, ou ainda, eventuais limitações orçamentárias ou inexistência de clínica especializada na cidade, não podem obstar a concessão dos direitos fundamentais à saúde e à vida. 3. Atendidos os pressupostos processuais específicos, é possível a concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública, especialmente em se tratando de internação de cidadão que sofre de Etilismo Alcoólico em fase avançada, apresentando episódios recorrentes de delírio e não detém condições financeiras suficientes para arcar com o tratamento. (AGRADO DE INSTRUMENTO N° 00094193220148270000; ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS; REFERENTE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA N° 0000438-17.2014.827.2715 DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE CRISTALÂNDIA/TO; RELATOR: Juiz JOÃO RIGO GUIMARÃES)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. NEGATIVA DE TRATAMENTO APROPRIADO PELO PLANO DE SAÚDE. LIMINAR DEFERIDA PELO MAGISTRADO. DECISÃO CORRETA. PLANO DE SAÚDE. DIREITO A SAÚDE E A VIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNANIME. I A decisão agravada deferiu o pedido de liminar Do Autor, no qual determina que a Hapvida Assistencial Medica Ltda, proceda a imediata realização do tratamento no regime de internação hospitalar, bem como realizar todos os procedimentos cirúrgicos necessários para resguardar o bem maior que é a saúde. II - É cediço que

a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, como medida excepcional que é, depende da verificação pelo magistrado dos requisitos elencados no artigo 273 do CPC. III - Os dispositivos constitucionais que impõem a garantia do direito à vida e à saúde integral não podem ser ditos programáticos. Ao contrário, devem ser prontamente cumpridos, por estarem intimamente relacionados aos direitos e garantias individuais. IV- Os requisitos para deferimento da liminar, pleiteada na ação principal, foram preenchidos, diante da demonstração do problema de saúde do Autor/ Agravado (fumus boni iuris) e diante da possibilidade da negativa de tratamento cirúrgico apropriado, por parte da Agravante, resultar em lesão grave o Agravado, inclusive, podendo ser levado ao óbito (*periculum in mora*). V - Recurso Conhecido e Desprovido. (201430043781, 138833, Rel. GLEIDE PEREIRA DE MOURA, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 06/10/2014, Publicado em 08/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. ERRO MÉDICO. Apelado acometido por cegueira após cirurgia de retirada de tumor da próstata. Perícia inconclusiva. Demora na solução do problema. Perda total da visão. Invalidez para atos mais simples da vida. Sentença procedente. Pagamento a título de danos morais no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), corrigidos a 0,5% a.m. a partir da citação válida. Responsabilidade civil objetiva do estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. A omissão do agente público feriu o direito fundamental à saúde do apelado constitucionalmente reconhecido no art. 196, da CF. Não há como afirmar veementemente que a perda da visão do apelado corresponde a caso fortuito, se o diagnóstico da mesma fora feito tardiamente. É claramente possível inferir o tremendo abalo emocional que o ocorrido lhe ocasionou, pois se tratava de pessoa ativa e apta a desenvolver as mais simples tarefas rotineiras, portanto comprovado o dano moral alegado. Recurso conhecido e improvido. (201430148375, 138631, Rel. MARIA DO CEO MACIEL COUTINHO, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 29/09/2014, Publicado em 03/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA/MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. RESPONSABILIDADE/VIGILÂNCIA SANITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO AQUISIÇÃO DE ALIMENTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO CONSUMIDORA EXPOSTA EM SITUAÇÃO CONSTRANGEDORA AO SERVIR O PRODUTO ALIMENTÍCIO ADULTERADO RESULTADO DO LAUDO TÉCNICO ELABORADO PELO INSTITUTO DE PERÍCIA CIENTÍFICA COMPROVOU A EXISTÊNCIA DE OBJETO ESTRANHO NO INTERIOR DO PRODUTO ALIMENTÍCIO (TORTA DOCE) CARACTERIZADO O DEVER DE INDENIZAR - VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO SE ENCONTRA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL COM OS PARÂMETROS ADOTADOS

PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS - SENTENÇA A QUO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1 - A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor ao risco concreto de lesão à sua saúde, ofende o direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 2 - Laudo Pericial que serviu de subsídio para embasar o convencimento do juízo, demonstrando de forma incontestável a ocorrência do dano, restando o dever de indenizar. 3 - O valor da indenização foi arbitrado com moderação e razoabilidade, em valor que não constitua o enriquecimento indevido do ofendido, visando alcançar a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida, em valor que não constitua o enriquecimento indevido do ofendido. 4 - Nos termos do voto do relator, à unanimidade, recurso conhecido e desprovido. (201130035830, 138305, Rel. LEONARDO DE NORONHA TAVARES, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 15/09/2014, Publicado em 25/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA VINCULADA AO PIS/PASEP. DOENÇA GRAVE E DE CARÁTER PROGRESSIVO NÃO PREVISTA NA LEI N.º 8.036/90. OSTEOFITOSE E ESCOLIOSE DORSO-LOMBAR. POSSIBILIDADE. ROL NÃO TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 20 DA LEI N.º 8.036/90. PRECEDENTES DO STJ. MOVIMENTAÇÃO DA CONTA PARA A PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA E TRATAMENTO DE SAÚDE. VIABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. UNÂNIME. 1. A jurisprudência dominante do C. STJ firmou-se no sentido de que a lista constante do artigo 20 da Lei 8.036/90 não é taxativa, sendo possível a movimentação da conta vinculada em situações de doença grave do trabalhador ou de seus dependentes, mesmo que não haja previsão legal específica, tendo em vista a finalidade social da norma. 2. A possibilidade de levantamento do FGTS e do PIS/PASEP por motivo de doença não se esgota nos casos de neoplasia maligna e AIDS, expressamente previstos na legislação (art. 20, XIII, da Lei nº 8.036/90). Nada impede que seja dada interpretação extensiva a tais dispositivos, no sentido de assegurar o direito à vida e à saúde (art. 5º e 196 da constituição), que lhes serve de fundamento, de modo a considerar neles incluídas outras hipóteses para o levantamento dos depósitos. 3. Recurso conhecido e provido. (201230211629, 137980, Rel. MARIA DO CEO MACIEL COUTINHO, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 15/09/2014, Publicado em 19/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO/DIREITO PENAL SANITÁRIO. CRIME DE POLUIÇÃO SONORA NA MODALIDADE CULPOSA (ARTIGO 54, §1º, DA LEI N.º 9.605/1998). REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE

CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL (ARTIGO 395, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). Suposta atipicidade dos fatos descritos na denúncia. Fundamentação judicial no sentido de que o artigo 54 da lei de crimes ambientais não abarcaria a conduta de ocasionar poluição sonora. Tese rejeitada. Artigo 54 da lei nº 9.605/1998 não exclui a poluição sonora do rol de condutas capazes de causar poluição ambiental nociva à saúde humana ou de provocar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Jurisprudência do STJ. Existência de laudo de vistoria de constatação atestando que no interior do imóvel do recorrido fora detectada a intensidade sonora de 78,3 decibéis. Pressão sonora superior aos limites de 55 decibéis durante o dia e 50 decibéis durante a noite previstos na resolução nº 1º/1990 do Conselho Nacional do Meio Ambiente e na norma da ABNT (NBR 10.151). Fato aparentemente criminoso tipificado no artigo 54 da lei nº 9.605/1998. Intensidade sonora que atingiu níveis capazes de ocasionar poluição ambiental nociva à saúde humana ou de provocar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Demonstração na denúncia da verossimilhança da tipicidade, antijuridicidade e da culpabilidade. Presença das condições da ação penal (prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa) e dos pressupostos processuais de existência e de validade. Denúncia que contém os requisitos do artigo 41 do código de processo penal. Viabilidade da acusação. Possibilidade do recorrido exercer plenamente a garantia constitucional da ampla defesa. Exposição dos indícios de autoria e da prova da materialidade do crime. Na fase de recebimento da denúncia é necessário um mero juízo de probabilidade. É suficiente que os fatos descritos na peça exordial constituam crime em tese e que haja indícios mínimos de autoria e materialidade. Cassação da decisão de rejeição da denúncia. Recebimento da exordial acusatória pelo tribunal. Prosseguimento regular da marcha processual. Doutrina. Súmula nº 709 da jurisprudência dominante do STF. Recurso conhecido. Provimento da pretensão recursal. UNANIMIDADE. (201430154067, 137560, Rel. VERA ARAUJO DE SOUZA, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA, Julgado em 09/09/2014, Publicado em 12/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. TRATAMENTO RADIODIAGNÓSTICO E QUIMIOTERÁPICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE SAÚDE ESTADUAL. NÃO ACOLHIDA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. OCORRÊNCIA. MÉRITO. REALIZAÇÃO DE CONSULTA E TRATAMENTO RADIODIAGNÓSTICO E QUIMIOTERÁPICO (CÂNCER DE VAGINA). DIREITO INDISPONÍVEL. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. SEGURANÇA DEFERIDA. I - Preliminar: Levando em consideração que a ausência de interesse processual consiste na utilidade potencial da jurisdição, vale dizer, a jurisdição deve ser apta a conferir alguma vantagem ou benefício jurídico, entendo que à parte ainda existe interesse no julgamento do mérito do mandamus, assim como assiste utilidade a mesma, haja vista que a resolução do

mérito no mandamus é necessário para a garantia da segurança pleiteada. Até porque o cumprimento do requerido na peça exordial, se deu, tão somente, em sazão da concessão da liminar que culminou multa diária em caso de descumprimento. II - Fazendo uso do denominado controle, que consiste, conforme definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no poder que a Administração Central tem de influir sobre a pessoa descentralizada (Curso de Direito administrativo, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 151), tenho como legítima a participação do Secretário de Saúde no polo passivo da demanda, pois a ele é dado o poder de tutelar a atuação das autarquias estaduais. III - Mérito: A impetrante demonstra ser portadora de câncer e que necessita da consulta inicial e do tratamento indicado na peça inaugural, isto é, restam caracterizados o seu direito líquido e certo à obtenção do tratamento referido nos autos, não sendo empecilho para tanto a adoção do denominado princípio da reserva do possível ou eventuais limites orçamentários do Estado. IV - Segurança concedia. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes das Câmaras Cíveis Reunidas, à unanimidade, julgar procedente o Mandado de Segurança nos termos do voto da Relatora. Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e seis dias do mês de agosto de 2014. Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Constantino Augusto Guerreiro. (201330320502, 137209, Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Julgado em 28/08/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ATENDIMENTO MÉDICO E INTERNAÇÃO HOSPITALAR DE URGÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE (UNIMED). ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA. URGÊNCIA COMPROVADA. APLICAÇÃO DO CDC E DO ART. 12, INCISO V, ALÍNEA 'A', DA LEI Nº 9.656/98. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. É indiscutível a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais mantidas junto a operadoras de planos de saúde. Dessa maneira, impõe-se que as cláusulas contratuais sejam interpretadas da forma mais favorável ao consumidor. 2. Nos casos de urgência e emergência, a alínea "c", do inciso V, do artigo 12 da Lei nº 9.656/98, não firmou nenhum limite temporal de atendimento ao paciente e consignou que a carência, nessa hipótese, seria de apenas 24 horas. 3. Não prevalece o prazo de carência previsto em contrato de plano de saúde quando se trata de internação hospitalar de natureza emergencial, em razão de sua abusividade e contrariedade ao sistema de proteção ao consumidor. 4. Decisão interlocutória mantida. (AgInst 0000.12.001183-8; Des. ELAINE CRISTINA BIANCHI; DJe16/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRAZO INDETERMINADO. IMINENTE RISCO DE MORTE. PRESENÇA DE

DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA EM CONSONÂNCIA COM PARECER MINISTERIAL. 1. A garantia do direito à saúde como dever do Estado compreende tal expressão no seu sentido lato, ou seja, União, Estados e Municípios, conforme comando constitucional (CF/88: art. 196). 2. Destaco, ainda, que a proteção à saúde, além de direito social, consiste em direito fundamental do ser humano, igualmente assegurado por força da Lei Magna (art. 6º). 3. Assim, nas causas envolvendo o direito à saúde dos cidadãos, os entes federados são solidariamente responsáveis. (STF, 2ª Turma, RE-AgR nº 393175/RS, Rel. Min. Celso de Melo, DJU 02.02.2007) e (STF, RE 195192 / RS. 2a Turma. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Julg. 22/02/2000. DJ 31-03-2000, PP-00060). (Sem grifos no original). 4. Com efeito, os artigos 196 e seguintes, da Constituição Federal, dispõem que a saúde é um direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 5. Deste modo, tendo como fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF/88: art. 1º, inc. III), pilar da República, emerge o dever do Estado em fornecer os medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde dos cidadãos hipossuficientes. 6. Friso que a omissão do Poder Público em fornecer os medicamentos indispensáveis ao tratamento de pessoa enferma constitui ofensa a direito líquido e certo, uma vez que a saúde e a vida são bens jurídicos constitucionalmente tutelados. 7. Com efeito, no caso em análise, verifico que a Impetrante demonstrou satisfatoriamente a existência dos dois requisitos necessários para o deferimento do pleito liminar requerido (fumaça do bom direito e perigo da demora), eis que juntou aos autos laudo profissional da área que comprova a necessidade de tratamento continuo e o custo elevado, com o qual não pode arcar. 8. A urgência da medida, por sua vez, resta caracterizada no perigo de dano irreversível à integridade física e à própria vida da paciente, além da possibilidade de ineficácia da tutela futura pretendida. 9. Assim sendo, presentes os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora, não há como deixar de deferir a segurança pretendida. 10. Segurança concedida, tornando definitiva a liminar, em consonância com parecer ministerial. (MS 0000.14.001726-0; Des. LEONARDO CUPELLO; DJe09/10/2014)

DIREITO PENAL SANITÁRIO/MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. CRIME CONTRA O CONSUMIDOR ART. 7º, IX DA LEI 8.137/90 PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO ATROPELO DA MARCHA PROCESSUAL NÃO VERIFICAÇÃO PRECLUSÃO CONSUMATIVA INEXISTÊNCIA CASO DE NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA PELO JUÍZO A QUO - PRELIMINAR REJEITADA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO RÉU POSSIBILIDADE AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DELITIVA LAUDO PERICIAL QUE - COMPROVA A AUSÊNCIA DA POTENCIALIDADE LESIVA DO

PRODUTO CERCEAMENTO DE ACUSAÇÃO INEXISTÊNCIA SENTENÇA MANTIDA APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Existindo na resposta à acusação teses defensivas pugnando pela absolvição sumária do acusado, cabe ao julgador, mesmo com uma fundamentação sucinta, decidir as questões preliminares arguidas antes da instrução, sob pena de nulidade absoluta do feito. 2. A inexistência de decisão judicial, combatendo as teses preliminares da defesa que concluem pela absolvição sumária, viola as garantias fundamentais do devido processo legal e da ampla defesa. 2. O juiz, diagnosticando a inexistência de materialidade e indícios de autoria, tem o dever legal de absolver sumariamente o réu, nos termos do art. 397 do CPP. 3. Para que exista suporte mínimo para a deflagração da persecução criminal, o crime previsto no art. 7, IX da Lei 8.137/90, exige amplo procedimento investigatório a ser empreendido pelas autoridades administrativas, que devem buscar seu embasamento não apenas na denúncia do consumidor, mas também na devida fiscalização do estabelecimento comercial, para a análise pericial de eventuais produtos que colocam a saúde do consumidor em risco. 4. Preliminar Rejeitada. 5. Recurso Desprovido. (ACr 0010.13.009288-4; Des. ALMIRO PADILHA; DJe07/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FALECIMENTO DE PACIENTE. DEFICIÊNCIA DE ATENDIMENTO HOSPITALAR. ART. 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. RECURSO DO 1º APELANTE CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DO 2º APELANTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Compulsando os autos, verifica-se que as provas juntadas são capazes de apresentar conduta lesiva do agente estatal responsável pelo tratamento, uma vez que, segundo informado, não teria demonstrado o requerido a utilização de todos os meios necessários ao tratamento da paciente, mesmo diante da contusão hemorrágica com edema cerebral da vítima, sendo medicada e recebendo alta até o agravamento do seu estado de saúde com posterior morte. 2. Os danos morais, no caso concreto, decorrem diretamente da morte da genitora do 2º apelante, o que gerou sofrimento de ordem moral. No que diz com a fixação do valor da condenação em casos de danos morais, o julgador deve atuar com ponderação, mediante análise dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sempre atento às funções compensatória, punitiva e pedagógica da condenação. 3. Quanto ao dano material, diante da existência de elementos que comprovam o recebimento de renda pela mãe do 2º apelante (contracheque fls. 130), fixo pensão mensal em favor de Márcio Alves Ribeiro, sendo desnecessária a prova da dependência econômica, uma vez que não havia alcançado a maioridade quando da ocorrência do fato, de forma que presumível é que dependesse da mãe para sobreviver e que, com sua morte, afetado ficou o sustento da família. 4. Sentença reformada. 5. Provimento negado à 1ª apelação. Parcial provimento à 2ª apelação, em consonância com o parecer ministerial. (AC0010.06.142932-9; Des. ALMIRO PADILHA; DJe07/10/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO A SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DA MEDICAÇÃO COMPROVADA. CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. OFENSA À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O relatório médico apresentado constitui prova pré-constituída suficiente ao atendimento do pedido. 2. Não há falar em ausência de direito líquido e certo se este restou comprovado, já que a prestação de serviço de saúde pelo Estado, encontra-se prevista na Constituição Federal (artigo 196 da CF), e há prescrição médica a submissão da paciente portadora de vitiligo ao tratamento com a utilização dos medicamentos prescritos. 3. É dever do Estado fornecer medicamentos, gratuitamente, à pessoa que deles necessite e não possui condições financeiras para custeá-los, a teor do disposto no art. 196 da Constituição Federal. 4. A decisão judicial que determina o fornecimento de medicamentos a quem dele necessita não importa em intromissão indevida, quebra da trípartição de funções estatais ou violação ao princípio da isonomia, haja vista que o exercício da jurisdição opera-se em face de direito subjetivo violado. 5. A reserva do possível não é oponível ao direito à saúde, garantido constitucionalmente, sendo certo que eventuais limitações ou dificuldades financeiras não podem servir de pretexto para negá-lo. 6. Segurança concedida. (1000754-33.2014.8.01.0000 Mandado de Segurança / Saúde; Relator(a): Júnior Alberto; Comarca: Rio Branco; Órgão julgador: Tribunal Pleno Jurisdicional; Data do julgamento: 15/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CIRURGIA ADIADA POR FALTA DE PAGAMENTO DO MÉDICO, O QUE CAUSOU PROLONGADO SOFRIMENTO À AUTORA, ORA RECORRIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. DESNECESSIDADE DE REPARO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. (0013249-47.2013.8.01.0070 Apelação / DIREITO CIVIL; Relator(a): Danniell Gustavo Bomfim Araújo da Silva; Comarca: Rio Branco; Órgão julgador: 1ª Turma Recursal; Data do julgamento: 09/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE. Hospital conveniado condenado em reparação por danos morais, em face de uma pessoa não atendida. Unimed também condenada em danos morais, face à pessoa não atendida e à filha dela, que paga o plano de saúde. Recurso apenas da UNIMED. Preliminares de cerceamento de defesa e de ilegitimidade ativa da filha. Mérito, pela reforma da sentença ou diminuição do valor da indenização, face à reclamante que não foi atendida no hospital conveniado. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada, observado que os atos da audiência de instrução e julgamento foram de conhecimento da

parte, ali representada por preposto e advogada. Preliminar de ilegitimidade ativa da filha, que foi acolhida, em razão de ser pessoal e intransferível o dano moral, na situação dos autos. Mérito. Dano moral em maior proporção causado à paciente, pelo hospital em que se deu a recusa. Dano moral da UNIMED, em menor proporção, configurado por falha na prestação do serviço. Valor atribuído à indenização a ser paga pela UNIMED, que merece redução pela metade, para se tornar adequado e proporcional, na relação entre as partes e o fato, capaz de atender aos critérios de sanção, reparação e pedagogia. Uma preliminar acolhida. No mérito, recurso parcialmente provido. Sentença reformada para reduzir o valor da reparação por dano moral pela metade, apenas em face da reclamante Maria Nazareth Correia Matos Teixeira, nos termos do voto. Custas pagas. Sem honorários advocatícios, em razão do resultado do julgamento. (0605977-84.2012.8.01.0070 Apelação / Obrigações; Relator(a): José Augusto Cunha Fontes da Silva; Comarca: Rio Branco; Órgão julgador: 2ª Turma Recursal; Data do julgamento: 18/09/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATENDIMENTO EM PRONTO SOCORRO HOSPITALAR. SERVIÇO DEFEITUOSO. ATIVIDADE COMISSIVA. AGRAVAMENTO DO QUADRO CLÍNICO E CONSEQUENTE ABALO À INTEGRIDADE FÍSICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO. VALOR ARBITRADO. MODERAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A responsabilidade do Estado por atos comissivos de que sobrevenham danos aos administrados é objetiva, caso em que independe de atuação culposa do agente público. 2. Os elementos de prova angariados ao processo conduzem à conclusão de que o atendimento médico dispensado foi defeituoso, do qual sobreveio abalo à integridade física da parte. 3. O corpo é uma das expressões do direito de personalidade do indivíduo, de modo que qualquer conduta que impinja sofrimento físico é causa concretamente idônea à caracterização de danos morais. 4. Valor da indenização arbitrado com moderação e que se tem como condizente com a gravidade da conduta do agressor e com o abalo experimentado pela vítima. 5. Apelação desprovida. (0707668-57.2012.8.01.0001 Apelação / Saúde; Relator(a): Adair Longuini; Comarca: Rio Branco; Órgão julgador: Primeira Câmara Cível; Data do julgamento: 16/09/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. ERRO MÉDICO. FALHA DO SERVIÇO. PROVA CONCLUSIVA. DANO MORAL. NEGLIGÊNCIA. DEVER INDENIZATÓRIO. QUANTUM FIXADO EQUILIBRADAMENTE. DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DOS PAIS EM RELAÇÃO AO FILHO MENOR. PRESUNÇÃO. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. O erro médico decorrente de negligência por ocasião de serviços médico-hospitalares prestados ao filho da autora, que veio a

falecer em seguida enseja o dever de indenizar civilmente pelo dano moral inegavelmente sofrido. 2. A verba indenizatória por danos morais fixada em sentença apresenta-se equitativa, condizente com as circunstâncias fáticas, atendidos os critérios da razoabilidade e moderação, proporcionalmente e ao porte econômico do réu. 3. Revela-se como forma de desestimular a reincidência de ofensa a direito, a fim de que a condenação cumpra função punitiva e pedagógica, compensando-se, ainda que simbolicamente, o sofrimento da autora, sem, contudo, ensejar enriquecimento sem causa. 4. Segundo orientação jurisprudencial emanada do Superior Tribunal de Justiça, a dependência econômica dos pais em relação ao filho menor falecido é presumida, em se tratando de família de baixa renda. Justifica-se a indenização por danos materiais, em casos como o presente, no equivalente a 2/3 do salário mínimo durante o período correspondente dos 16 aos 25 anos de idade do filho falecido. (0000100-21.2009.8.01.0006 Reexame Necessário / Indenizaçao por Dano Moral; Relator(a): Júnior Alberto; Comarca: Acrelândia; Órgão julgador: Segunda Câmara Cível; Data do julgamento: 01/09/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPÁ

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SECRETÁRIO ESTADUAL DE SAÚDE E DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - REJEIÇÃO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA. 1) É parte legítima o Secretário de Estado da Saúde para figuração no polo passivo de relação processual estabelecida em mandado de segurança, se, mesmo não havendo praticado o ato, é quem, na condição de gestor do sistema de saúde no âmbito estadual, incumbe chancelar, em última instância, todos os atos praticados por aqueles que lhe são subordinados, notadamente quanto ao fornecimento de medicamentos, detendo, além disso, competência exclusiva para correção e ordenação de diligências vinculadas a interesses da pasta que dirige; 2) saúde pública é matéria de competência solidária e comum da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, podendo a pessoa que necessita de tratamento médico ou de fornecimento de medicamento propor a ação mandamental contra qualquer um desses entes federativos, não se mostrando razoável exigir a fiel observância de regras administrativas de repartição de atribuições quando em risco a vida do cidadão; 3) os direitos públicos subjetivos à vida e à saúde englobam-se no gênero “direitos fundamentais”, em face de cuja proteção tem o Estado inescusável dever assistencial, elaborando e implementando políticas sociais e econômicas que garantam efetiva proteção a esses direitos. Se, ao contrário, a administração pública se subtrai ao cumprimento dessa obrigação, ou mesmo o faz precariamente, o sujeito de direito, não atendido ou assistido com descaso ou desmazelo, pode, por óbvio, invocar a tutela jurisdicional para compelir o Estado ao cumprimento de seu dever,

em lei previsto; 4) preliminares rejeitadas; 5) a Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir o direito à saúde mediante adoção de políticas públicas, tanto sociais quanto econômicas, que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme preceitua o art. 196, da CF; 6) é manifestamente incabível a arguição de violação do princípio da reserva do possível, porquanto invocação de cláusula como essa, para ter força escusável ao cumprimento de dever legal, precisa vir acompanhada de demonstrativo de execução orçamentária tendente a fazer crer que a particularização da prestação assistencial à saúde possa vir a prejudicar a eficácia e utilidade de todo um programa governamental estruturado para atendimento à coletividade, de tal sorte que, por eventual adoção de soluções personalizadas, fique afetada a saúde pública como direito fundamental que deve a todos ser prestado indistintamente; 7) segurança conhecida e concedida. (MANDADO DE SEGURANÇA. Processo Nº 0001164-54.2014.8.03.0000, Relator Desembargador CONSTANTINO BRAHUNA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 15 de Outubro de 2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. Revelia corretamente reconhecida em primeiro grau de jurisdição. Segunda autora que necessitava de cirurgia emergencial para corrigir perfuração na uretra. Negativa de cobertura. Urgência da cirurgia verificada ante a robusta prova dos autos. Evidenciado o dever da ré de arcar com os custos. Ato ilícito configurado. Inafastável o dever de resarcimento. Quantum indenizatório a título de danos materiais comprovado. Ressarcimento dos valores gastos com recursos próprios. Incidência de juros e correção monetária a partir da citação. Recurso de apelação desprovido. 1. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51 e incisos considera abusivas e nulas de pleno direito, entre outras, cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis, portanto, com a boa-fé ou a eqüidade. (APELAÇÃO. Processo Nº 0029967-78.2013.8.03.0001, Relator Desembargador AGOSTINO SILVÉRIO, CÂMARA ÚNICA, julgado em 30 de Setembro de 2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE COBRANÇA. PLANTÕES. PERITOS E MÉDICOS PERITOS. REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. 1) O pagamento de plantões a peritos e médicos peritos nos valores expressos na Lei Estadual nº 1.575/2011 dependerá da satisfação dos requisitos legais, quais sejam, prestação do serviço em unidades de saúde e em atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS. 2) Consoante estabelece o princípio da legalidade estrita, insculpido

no art. 37, caput, da Constituição Federal, a Administração está, em toda a sua atividade, adstrita aos ditames da lei, sendo vedado dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma não dispuser de forma expressa, mormente quando o direito que se visa declarar importa em criação de despesas de pessoal. 3) A interpretação extensiva dada pelo Poder Judiciário para fixar o valor a ser pago a título de plantão aos peritos e médicos peritos, que não satisfaçam os requisitos legais, afronta o princípio constitucional da separação de Poderes. 4) Remessa necessária provida e recurso voluntário julgado prejudicado. (REMESSA EX-OFICIO(REO). Processo N° 0018847-38.2013.8.03.0001, Relator Desembargador CARMO ANTÔNIO, CÂMARA ÚNICA, julgado em 16 de Setembro de 2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Internação compulsória de dependente químico e de álcool em clínica especializada às expensas da Municipalidade Ausência de clínica da rede pública na Cidade - Impossibilidade econômica do paciente em arcar com o tratamento - Decisão atacada que deferiu a antecipação da tutela Verossimilhança e perigo de dano irreparável Decisão mantida - Recurso improvido. (2155070-88.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Tratamento Médico-Hospitalar; Relator(a): Maria Laura Tavares; Comarca: Itapeva; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 13/10/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO. O art. 196, da CF, é norma de eficácia imediata, independendo, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos ou aparelhos. Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos fere o direito subjetivo material à saúde. Agravo de instrumento provido. (2148413-33.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Fornecimento de Medicamentos; Relator(a): Camargo Pereira; Comarca: Itai; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO QUE DETERMINOU A MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE VIGENTE À ÉPOCA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO EXISTENTE ENTRE AS PARTES, MEDIANTE O PAGAMENTO DO VALOR INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES. DECISÃO MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Decisão

que deferiu a tutela antecipada para assegurar ao autor e aos seus dependentes a manutenção do plano de assistência à saúde apontado na inicial, nas mesmas condições de cobertura, determinando que a cobrança da mensalidade feita se limite ao valor anteriormente devido pelo autor acrescido da parte que era custeada pela empregadora/ré antes de sua demissão, nos termos do art. 31 da Lei n.º 9656/98, observando, apenas, que a liquidação do valor deverá ser feita durante a dilação probatória. 2. Decadência. Inocorrência. Rescisão contratual datada de 05.11.2013, com extensão do plano de saúde até fevereiro de 2014, por meio de acordo firmado entre as partes, sendo a distribuição da ação cominatória datada de 06.03.2014. 3. Ante os bens jurídicos envolvidos (interesse econômico da agravante de um lado e o direito à saúde do agravado de outro), não é possível rever a medida concedida. 4. Presentes os requisitos do artigo 273, do Código de Processo Civil, a decisão agravada deve ser mantida. Precedentes jurisprudenciais. 5. Recurso improvido. (2119398-19.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Planos de Saúde; Relator(a): Alexandre Lazzarini; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. Ação ordinária movida por pessoa portadora de “Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas”, objetivando a condenação da Municipalidade a custear sua internação no “Centro Terapêutico Dr. Aguinelo Cunha Recuperação de Drogas e Álcool” ou a disponibilizar tratamento equivalente e igualmente eficaz, em clínica pública especializada. Demanda julgada procedente. Recurso da Municipalidade e da Fazenda Estadual (chamada ao processo). Inviabilidade. Comprovação médica de que o autor é portador da doença mencionada e necessita do tratamento indicado, bem como de que não dispõe de situação socioeconômica que lhe permita arcar com seu custo. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde que é compartilhada por todos os entes políticos (art. 196 da Constituição Federal de 1988). Honorários bem fixados. Multa diária. Cabimento. Reexame necessário e recurso da Municipalidade providos em parte para reduzir o valor da multa diária. Recurso da Fazenda Estadual improvido. (0007560-94.2011.8.26.0070 Apelação / Reexame Necessário / Tratamento Médico-Hospitalar; Relator(a): Aroldo Viotti; Comarca: Batatais; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. SEGURO SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECUSA DE COBERTURA A PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, AO MOTIVO DE FLUÊNCIA DE PERÍODO DE CARÊNCIA. PEDIDOS CUMULADOS DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO CAMBIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DECRETADA.

APELOS MÚLTIPLOS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE EM BENEFÍCIO DO APELO AUTORAL. 1. Negado provimento ao apelo da ré Sul América. Caracterizada a situação de urgência, indevida a recusa de cobertura se já transcorrido o prazo máximo de 24 horas da adesão ao contrato artigo 12, inciso V, alínea “c”, e artigo 35-C da Lei 9.656/98. Aplicação da Súmula nº 103 deste E. Tribunal. 2. Dado provimento parcial ao apelo autoral, para fixar em seu benefício indenização por danos morais sofridos. Arbitramento em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), proporcional ao dano gerado pela recusa de cobertura a tratamento urgente à patologia considerada grave por médico assistente (furúnculo em ombro decorrente de infecção aguda). 3. Recurso da ré Sul América improvido; recurso do autor Giuseppe provido em parte. (0173872-33.2012.8.26.0100 Apelação / Planos de Saúde; Relator(a): Piva Rodrigues; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO TUTELA ANTECIPADA FORNECIMENTO DE PRÓTESE DE ALTO CUSTO NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DOS FATOS E EVENTUAL CONCORRÊNCIA DE CULPA AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA E RISCO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. Recurso que analisa apenas a possibilidade ou não de antecipação dos efeitos da tutela, sem discussão do mérito ou do direito eventualmente conferido ao autor da demanda inaugural. Descumprimento dos requisitos do art. 273, CPC ante a inexistência de prova inequívoca das alegações, acrescido ao risco de irreversibilidade de medida. Necessidade de dilação probatória para verificação dos fatos do acidente e análise de imputação de culpa às partes litigantes. Recurso provido. (2097042-30.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Responsabilidade da Administração; Relator(a): José Luiz Germano; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/10/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Apelação Cível. Direito Constitucional e Administrativo. Obrigação de fornecer medicamentos e insumos cometida aos entes políticos. Solidariedade. Constituição da República Federativa do Brasil, artigos 6º e 196. Súmula nº 65 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Obrigatoriedade de se observar a orientação médica quando assim reclamar o tratamento médico no sentido de fornecer medicamento específico. Entendimento chancelado pelo Supremo Tribunal Federal. I - A obrigação de dar medicamentos e insumos aos que deles necessitam, cometida aos entes políticos pela Constituição da República Federativa do Brasil, artigos 6º e 196, é solidária, nos termos da Súmula nº 65 deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Possibilidade de escolha por quem irá necessitar da tutela pretendida.

II - Recurso dos réus. Desprovimento. Direito à saúde corretamente reconhecido na sentença. Multa e honorários arbitrados de forma razoável. Aplicação do art. 557 do C.P.C.(0002594-69.2011.8.19.0010; APELAÇÃO; DES. CLAUDIO BRANDAO; Julgamento: 13/10/2014; SÉTIMA CÂMARA CIVEL)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. A Ré rescindiu unilateralmente o negócio jurídico e um dos Autores, menor impúbere, teve atendimento médico negado. Hipótese que, incontroversamente, provoca danos morais, que devem ser compensados pela Demandada. Quantum de R\$ 3.000,00 para cada Demandante, na esteira de outras decisões deste Tribunal de Justiça. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (0001389-41.2014.8.19.0061 – APELAÇÃO; DES. LEILA ALBUQUERQUE; Julgamento: 13/10/2014; VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CIVEL CONSUMIDOR)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. Autora narra falta de médico especializado para atendimento no estabelecimento da Ré, que afirma que os conveniados eram encaminhados para outro plano de saúde. Depoimento de ex-empregada no sentido diametralmente oposto, de que nunca encaminhou nenhum paciente para outro estabelecimento. Incontroversa falha na prestação do serviço, que teve o condão de provocar danos na esfera extrapatrimonial da Autora, menor impúbere. Redução do quantum debeatur arbitrado em primeiro grau de jurisdição para adequação aos fatos e à jurisprudência deste Tribunal de Justiça. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (0024463-47.2009.8.19.0014 – APELAÇÃO; DES. LEILA ALBUQUERQUE; Julgamento: 13/10/2014; VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CIVEL CONSUMIDOR)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Constitucional. Direito à saúde. Sentença que condena o Município de Bom Jesus do Itabapoana ao fornecimento do medicamento reclamado. Inconformismo do ente municipal. Multa cominatória, em caso de descumprimento, que se retira. Existência de meios e modos processuais, e legais, de maior eficácia para cumprimento do julgado. Valor dos honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública em ações que versem sobre saúde que deve ser fixado em meio salário mínimo nacional. Inteligência da Súmula 182, desta Corte. Manutenção. Reexame necessário. Ressalva que se faz quanto à possibilidade de substituição do fármaco por similar com o mesmo princípio ativo com vistas à otimização do uso dos recursos públicos. Exigibilidade de receituário prescrito por profissional médico integrante do SUS à conta da necessidade de submissão do tratamento médico requerido ao crito técnico

da Administração. Isenção do réu ao pagamento das custas processuais. Inteligência do artigo 17, da Lei 3350/99 e Enunciado 28, do FETJ. Taxa judiciária que é devida pelo Município, nos termos da Súmula nº 145 desta E. Corte, ficando a respectiva cobrança condicionada à existência de reciprocidade tributária do Estado do RJ, consoante a legislação de regência. Prequestionamento. Utilização incorreta do instituto. Ausência de cotejo analítico da matéria à luz dos precedentes das Cortes Superiores. Pretensão que se rejeita. Provimento parcial do apelo do Município. Reforma parcial da sentença em reexame necessário. Decisão monocrática, nos termos do artigo 557, §1º-A, do CPC, também aplicado por simetria. (0003293-89.2013.8.19.0010 – APELAÇÃO; DES. PEDRO FREIRE RAGUENET; Julgamento: 10/10/2014; VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CIVEL)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTAL. Constitucional. Administrativo. Processo civil. Ato administrativo. Omissão do Poder Público. Responsabilidade civil. Concessionária de serviços públicos. Esgoto. Pretensão de realização de reparos na rede esgoto no local onde residem os autores. CEDAE. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Estão em conflito dois interesses jurídicos relevantes, sendo certo que em favor dos autores há norma constitucional que garante o direito à vida digna e à saúde, sem embargo de que o cotejo entre a norma fundamental e os dispositivos da Lei nº 11.445/2007 estão a revelar a inafastabilidade da obrigação da concessionária de prestar serviços públicos eficientes. O conjunto da prova demonstra que na localidade referida na inicial, há vazamento de esgoto a céu aberto e maiores considerações não são necessárias para evidenciar o risco à saúde que tal situação provoca. Falha na prestação do serviço configurada, nos termos dos artigos 14 c/c 22 e, seu parágrafo único, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Em algumas localidades do Rio de Janeiro o sistema de saneamento básico é comparável ao de países africanos, sendo inadmissível que isso ocorra na 2^a cidade da 5^a economia do mundo. É certo que o Judiciário não pode se imiscuir em matéria referente ao juízo de oportunidade e conveniência do ato administrativo e esta regra doutrinário-jurisprudencial tem fundamento no próprio princípio da separação de poderes. De fato, a Administração Pública e as diretrizes orçamentárias se tornariam caóticas se o Judiciário pudesse interferir no avanço das políticas públicas, elegendo prioridades e, indiretamente, dirigindo verbas de execução de obras. Entretanto, o próprio direito pretoriano tem mitigado a intangibilidade do mérito do ato administrativo em casos em que há evidente abuso do Poder Público quanto à omissão de providências que se mostrem inadiáveis para evitar dano à população. “Termo de Responsabilidade” firmado entre o réu-apelante e o Município não elide o dever jurídico da concessionária cujos deveres contratuais, em princípio, sequer poderiam ter sido cedidos, ou transferidos, ao ente municipal por força do próprio contrato de concessão. Dano moral. Indenização majorada. No que pertine à multa cominatória, nenhum remendo merece a decisão, porque para aquele que pretende dar cumprimento à determinação judicial, pouco importa que as “astreintes” sejam de um ou um

milhão, afinal de contas, em caso de impossibilidade comprovada de cumprimento da obrigação, a multa jamais será devida. Honorários advocatícios. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil. 1º recurso (CEDAE) a que se nega seguimento. 2º recurso (parte autora) parcialmente provido para majorar a verba honorária. (0322959-06.2008.8.19.0001 – APELAÇÃO; DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM; Julgamento: 10/10/2014; QUARTA CÂMARA CIVEL)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. Autor narra que a Ré se recusou a autorizar cirurgia solicitada por seu médico. O Juízo monocrático julgou procedente o pedido de obrigação de fazer e improcedente o de compensação por danos morais. A Ré não é obrigada a pagar honorários de médico não credenciado no caso dos autos, em razão do contrato. Hipótese de exercício regular de direito, que, como se sabe, não tem o condão de provocar danos morais. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (0003183-77.2011.8.19.0037 – APELAÇÃO; DES. LEILA ALBUQUERQUE; Julgamento: 10/10/2014; VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CIVEL CONSUMIDOR)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUTORA, FUNCIONÁRIA APOSENTADA DO BANCO BRADESCO S/A, QUE CONTINUA TRABALHANDO, SENDO POSTERIORMENTE DEMITIDA SEM JUSTA CAUSA. PRETENSÃO DA EMPREGADA APOSENTADA EM MANTER-SE COMO BENEFICIÁRIA DO PLANO DE SAÚDE COLETIVO, INCLUSIVE, SEU DEPENDENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DA AUTORA. Autora, ora apelante, ingressou como funcionária da empresa ré, ora apelada, em 04.05.1979. Manutenção ininterrupta do vínculo empregatício, quando, então, em maio de 2008, veio a se aposentar, continuando, no entanto, a exercer a atividade funcional, até que em 03.09.2010, foi demitida sem justa causa. Assegura-se ao aposentado o direito de permanecer como beneficiário de contrato de plano de saúde formalizado em decorrência de vínculo empregatício, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava antes da aposentadoria, desde que tenha contribuído, ainda que indiretamente, por no mínimo dez anos e assuma o pagamento integral da contribuição. Precedentes nesta Corte de Justiça e no Superior

Tribunal de Justiça. Empresa ré que não se desincumbiu do ônus de provar uma das excludentes previstas no art. 14, §3º da Lei nº 8.078/90. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade civil objetiva da empresa ré. Dever de indenizar. Aplicação do artigo 14, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Dano moral configurado in re ipsa. A conduta da empresa ré extrapolou o descumprimento das obrigações contratuais, caracterizando ação ilícita cujos reflexos são obviamente danosos à integridade moral da autora, especialmente se considerado que o contrato descumprido se refere à assistência médica, cuja interrupção por si só gera angústia e sofrimento em uma sociedade onde, infelizmente, não se pode contar com a prestação do referido serviço de forma gratuita pelo Estado diante de sua notória precariedade. Quantia que se arbitra em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), de acordo com os parâmetros impostos pelos princípios da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, em consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes deste Tribunal. Correção monetária a contar do presente julgado e juros mora de 1% ao mês a contar da citação inicial, por se tratar de responsabilidade civil contratual. Despesas processuais e honorários da advogada da autora que devem ser arcados pela seguradora ré, sucumbente no presente feito. Aplicação do entendimento pacificado no Enunciado nº 65, do Aviso TJRJ 100/2011. Recurso a que se dá parcial provimento, na forma do artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil. (0046247-84.2012.8.19.0205 – APELAÇÃO; DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR; Julgamento: 09/10/2014; VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO - INSUFICIÊNCIA VENOSA CRÔNICA - POSSIBILIDADE DE PERDA DO MEMBRO - RELATÓRIO MÉDICO ENFÁTICO - COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE DO TRATAMENTO - REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC - EXISTÊNCIA - DIREITO FUNDAMENTAL - PRIORIDADE DO PODER PÚBLICO - ART. 196 DA CRFB - RECURSO PROVIDO IN CASU. - A saúde consiste em um bem essencial à vida e à dignidade da pessoa humana, enquadrando-se como um dos direitos fundamentais do cidadão. - Comprovada a imprescindibilidade e especificidade de determinado tratamento médico indicado por profissional do SUS à pessoa necessitada e de parcos recursos financeiros, deve ser atendido de forma irrestrita, sendo que a negativa do ente público nesse sentido implica ofensa à garantia constitucional. - Presentes os requisitos do art. 273 do CPC é imperativo o deferimento da tutela antecipada, mormente se comprovada a inequivocidade da verossimilhança das alegações diante de relatório médico circunstanciado expondo a gravidade da situação do paciente. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0439.13.017420-4/001, Relator(a): Des.(a) Belizário de Lacerda, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014)

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRATIVO -CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE - INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Reconhecida pelo STF e por este TJMG a inconstitucionalidade da contribuição compulsória destinada ao custeio da saúde exigida pelo IPSEMG, possível o julgamento monocrático do recurso, com base no art. 557, caput e § 1º-A do CPC. 2. Recurso não provido. (TJMG - Agravo 1.0021.13.000084-3/002, Relator(a): Des. (a) Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RELATÓRIO. Inconformada com a sentença (evento 27.1) que lhe condenou a restituir o valor de R\$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais), referente aos exames realizados em São Paulo, solicitados por médico especializado na área de oncologia, UNIMED VITÓRIA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO interpôs o presente recurso. Alega a recorrente que não houve conduta ilícita, que o exame mammagene não consta no rol de procedimentos obrigatórios do CONSU e nem mesmo, possui previsão contratual entre as partes. Em contrapartida, afirma que os exames imunoitoquímica e laudo de opinião diagnóstica são feitos no Espírito Santo, não havendo necessidade de fazê-los em São Paulo, e, seriam cobertos pela recorrente, caso fossem realizados nas clínicas credenciadas. Não foram apresentadas contrarrazões, conforme se verifica na certidão de evento 37. É o relatório. * V O T O A relação de direito material havida entre as partes é nítida relação de consumo, devendo pois ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor na solução da lide, como muito bem o fez a sentença impugnada. No que se refere à alegação da recorrente de que não há obrigatoriedade por parte dela de custear o procedimento mammagene, por este não estar incluído no rol de procedimentos do CONSU, não deve prosperar, tendo em vista que, conforme doutrina e jurisprudência atualizada, referido rol é meramente exemplificativo, considerando a rápida evolução da medicina na busca de diagnosticar e curar as doenças, finalidade do contrato celebrado entre as partes, cuja execução não pode ficar presa à frieza do que ficou escrito, muito menos a um rol desatualizado. A propósito, neste sentido tem entendido os tribunais pátrios, inclusive do TJ/ES, senão vejamos: AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO. RECUSA NA COBERTURA DE EXAMES DENOMINADOS ““PET-CT”” PARA TRATAMENTO DE CÂNCER. PRESCRIÇÃO MÉDICA. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. NULIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. REEMBOLSO DE EXAMES REALIZADOS. E DANOS MORAIS. AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1) Havendo cobertura contratual para a doença que aflige o consumidor (câncer), é abusiva a recusa de cobertura de procedimento médico regularmente prescrito já que capaz de comprometer o próprio tratamento (exame PET-CT). 2)

- - omissis - ... 3) - - omissis - ... 4) Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJES; AGInt-AC 0046049-53.2008.8.08.0024; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Ronaldo Gonçalves de Sousa; Julg. 03/07/2012; DJES 11/07/2012; Pág. 37) (grifo nosso).

-APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SERVIÇOS DE SAÚDE. PROCEDIMENTO. INDICAÇÃO DO MÉDICO. ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. EXEMPLIFICATIVO. RECURSO IMPROVIDO. O rol de procedimentos da ANS é meramente exemplificativo, motivo pelo qual o fato de não estar elencado o procedimento reclamado pela parte autora não obsta o acolhimento da pretensão inaugural, especialmente se, em momento posterior, houver sua inclusão. Recurso provido (TJ-MG - AC: 10145120790681002 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 10/06/2014, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/06/2014)-. No mesmo sentido tem sido o entendimento do excelso STF: -Trata-se de agravo de instrumento contra decisão obstativa de recurso extraordinário, este interposto com suporte na alínea a do inciso III do art. " 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo (fls. 29): 1. " Plano de saúde quimioterapia com medicamento Aclasta Recusa da – – Recorrente na realização do tratamento, alegando que o tratamento não é coberto pelo plano por não constar na relação da ANS. – Sentença que julga procedente a ação deve ser mantida. 2. A relação da ANS é meramente exemplificativa e não vincula o consumidor, não havendo prova das Recorrentes de que teve o autor ciência inequívoca de seu completo conteúdo. 3. Recusa indevida, implicando em onerosidade excessiva e desvantagem exagerada ao consumidor a vinculação a rol ou tabela de exames/tratamentos/cirurgias, mesmo porque, a medicina evolui a passos largos a fim de diagnosticar e curar doenças (STF - AI: 833846 SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 11/02/2011, Data de Publicação: DJe-052 DIVULG 18/03/2011 PUBLIC 21/03/2011)-. O mesmo princípio aplica-se em relação aos exames imunoistoquímica e laudo de opinião diagnóstica, a partir do momento em que solicitados pelo profissional médico credenciado pelo plano contratado para diagnóstico e tratamento da enfermidade para a qual há expressa cobertura contratual, pelo que a sentença hostilizada apreciou muito bem a questão, decidindo com extremo acerto, merecendo ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, na forma do artigo 46, da Lei n.º 9.099/95 e do Enunciado n.º 11 do Colegiado Recursal do Estado do Espírito Santo). Ante o exposto, conheço do recurso interposto, porém nego-lhe provimento e, via de consequência, condeno a parte recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 20% (vinte por cento), sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 55, da Lei 9.099/95. É como voto. - Acompanho o voto do Eminente Relator. O SR. JUIZ DE DIREITO MAURÍCIO CAMATTA TANGEL:- Voto no mesmo sentido. DECISÃO. Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade de votos, conhacer do recurso interposto porém lhe negar provimento e, via de consequência, condenar a parte recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte

por cento), sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 55, da Lei 9.099/95. (236170220128080347; Classe: Recurso Inominado; Juiz: ROGERIO RODRIGUES DE ALMEIDA; Órgão Julgador: 3^a TURMA RECURSAL DA CAPITAL; Data do Julgamento: 03/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO. RELATÓRIO. Trata-se de AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ajuizada por REGINA CÉLIA ALVES COSSO-LOSSO em face de UNIMED VITÓRIA. A recorrida, maior de 60 anos, alega abusividade nos aumentos efetuados em sua mensalidade ao longo dos últimos três anos. Aduz que em outubro de 2011 houve um reajuste de 37% em seu plano de saúde em virtude de adequação da faixa etária, que alterou as mensalidades de R\$ 302,06 para R\$ 413,82. Relata, ainda, que em janeiro de 2012 foi aplicado um reajuste de 15,47% e em janeiro de 2013, mais um reajuste no percentual de 10,5%, fazendo com que a mensalidade em dois anos fosse reajustada de R\$ 302,06 (trezentos e dois reais e seis centavos) para R\$ 528,11 (quinhentos e vinte e oito reais e onze centavos). Por entender ilegais os reajustes, pleiteou a restituição dos valores pagos a maior e indenização por danos morais. A recorrente, em contrapartida, sustentou na contestação (item nº 17) que o plano de saúde contratado possui natureza coletiva, vez que intermediado pelo CDL e que os reajustes anuais de 10,5% e 15,47% decorreram de acordo firmado entre eles, em virtude da sinistralidade do contrato. Aduz, ainda, que o reajuste de 37% é legal, posto que em consonância com o TAC firmado entre o PROCON do estado e a UNIMED. Sobreveio sentença (item 21), em que o juízo a quo julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial. Declarou nula a cláusula contratual que permite o aumento da mensalidade do plano de saúde da autora em 37% e condenou, outrossim, a recorrente a restituir à autora a quantia cobrada a maior no importe de R\$ 1.127,28 (um mil cento e vinte e sete reais e vinte e oito centavos). Julgou improcedente o pedido de restituição dos valores referentes aos reajustes anuais aplicados de 15,47% e 10,5%, bem como indenização por danos morais. Irresignada com a sentença, a recorrente interpôs o presente Recurso Inominado (item 40). Alega, preliminarmente, ilegitimidade da recorrida para figurar o polo ativo da demanda. No mérito, pleiteia a reforma da decisão por entender legal a aplicação do percentual de 37% em virtude de TAC firmado com o Procon que estabeleceu a aplicação desse reajuste à última faixa etária. Contrarrazões devidamente apresentadas (item nº 47) É o relatório. Em pauta para julgamento. V O T O PRELIMINAR DA ILEGITIMIDADE ATIVA A recorrente pleiteia a preliminar de ilegitimidade ativa sob o fundamento de que a recorrida não detém legitimidade para figurar no polo ativo da demanda, posto que o titular do contrato vigente firmado com a recorrida é a CÂMARA DOS DIRIGENTES LOJISTAS DE CARACICA - CDL. Entendo não prosperar esse entendimento. Há legitimidade ativa do usuário do plano de saúde para reclamar do aumento ou de qualquer cláusula

contratual, ainda que o aditivo contratual tenha sido firmado por entidade de classe e o plano requerido, já que o consumidor é o beneficiário direto dos serviços prestados pelo plano, sendo responsável pelo pagamento da contraprestação. Ainda que a entidade de classe representativa dos interesses dos aderentes de plano de saúde tenha condições de negociar reajustes do valor das mensalidades, age, na hipótese, como mera mandatária dos usuários, efetivando, na realidade, estipulações em favor de terceiros. No caso, as alterações contratuais atingem diretamente o usuário do plano de saúde, ou o seu patrimônio, de modo que, na forma do art. 3º do CPC, mantém-se íntegra a sua legitimidade e interesse para rever o que foi modificado, consoante acima mencionado. Ademais, não houve anuência da recorrente em relação ao reajuste ocorrido, de modo que, para a solução da controvérsia, aplica-se a exegese do art. 436, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, que estatui o seguinte: Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo Único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigir-lá, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438. Esse também tem sido o entendimento adotado pelos Tribunais Pátrios. Vejamos algumas jurisprudências sobre o assunto: APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVO RETIDO. AÇÃO REVISIONAL. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. REAJUSTE DA MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES. 1. Não há falar em suspensão do processo em razão do ajuizamento de ação civil pública, uma vez que é opção do consumidor o prosseguimento da ação individual ou a adesão ao processo coletivo. Art. 104 do CDC. 2. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Sendo a parte autora beneficiária do plano de saúde, de ser reconhecida a sua legitimidade ativa.3. [...] (TJ-RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Data de Julgamento: 27/06/2012, Quinta Câmara Cível) AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO COLETIVO DE PLANO DE SAÚDE - LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' DO BENEFICIÁRIO - CARACTERIZAÇÃO. PLANO - COBERTURA - PRÓTESE. A adesão a contrato coletivo de plano de saúde cria relação jurídica, ainda que indireta, entre a prestadora do serviço médico-hospitalar e o beneficiário, que passa a ser titular dos direitos assegurados pelo contrato celebrado, e a ter legitimidade para estar em juízo para questionar cláusula abusiva. Nos contratos de plano coletivo de saúde, a cláusula excludente de cobertura da implantação de prótese (esfínter artificial MAS 800) imprescindível ao êxito do procedimento cirúrgico (prostatectomia radical) acobertada pelo plano de saúde, torna-se abusiva.(TJ-MG 100240574820100021 MG 1.0024.05.748201-0/002(1), Relator: JOSÉ AMANCIO, Data de Julgamento: 12/03/2008, Data de Publicação: 04/04/2008) Tendo em vista as presentes ponderações, tenho que o titular do plano de saúde possui interesse e legitimidade para demandar em Juízo reclamações acerca de reajustes ou aumentos de mensalidades negociadas com entes associativos. Ante ao exposto, rejeito a preliminar arguida. VOTO. MÉRITO. O juízo de 1º grau entendeu abusivo o reajuste de 37% aplicado ao contrato firmado com a recorrente, ocasião em que determinou a restituição

simples dos valores pagos a maior. No entanto, uso discordar da R. sentença recorrida. Explico: Conforme demonstrado na contestação (item nº 17) o reajuste de 37% aplicado em outubro de 2011 ocorreu em virtude de mudança de faixa etária, tendo sido aplicado em consonância com o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre a UNIMED, o Procon e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, nos autos da ação civil pública nº 024.09.030596-2, o qual prevê: cláusula primeira: As compromissadas assumem obrigação de fazer, consistente em alterar o índice de reajuste de faixa etária de 60 (sessenta) anos para 37% (trinta e sete por cento), em todos os contratos de plano de saúde comercializados pelas mesmas, sejam eles coletivos ou individuais, adaptados ou não a lei 9656/98, inclusive aqueles onde a condição de idoso tenha se dado pelo usuário antes da vigência do Estatuto do Idoso. (<http://es.consumidorvencedor.mp.br/convenccontent/uploads/2014/03/TAC-UNIMED-2011.pdf>) Não há que se falar em ilegalidade deste reajuste, posto que resta consolidado no Tribunal de Justiça do nosso Estado o entendimento de que o percentual fixado no referido TAC é razoável, atendendo aos preceitos legais em favor do consumidor e dos idosos. Vejamos: EMENTA APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - MUDANÇA NA FAIXA ETÁRIA - REAJUSTE - PERCENTUAL PREVISTO EM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) - RAZOABILIDADE - APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. 1 - O Superior Tribunal de Justiça, bem como este Tribunal, firmou entendimento no sentido de que se deve admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656-98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado (STJ, REsp 866840-SP, Rel. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/Acordão MIN. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 17/08/2011). 2 - O reajuste efetuado, correspondente a 37%, diz respeito à mudança de faixa etária, tendo sido aplicado em consonância com o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre a Unimed, o Proncon-ES e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, nos autos da Ação Civil pública tombada sob o nº 024090305962. 3 - O reajuste mostra-se razoável e atende aos preceitos legais favoráveis ao idoso e ao consumidor. [] (TJES, Classe: Apelação, 11110205231, Relator: WILLIAM COUTO GONÇALVES, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 10/06/2014, Data da Publicação no Diário: 18/06/2014) EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - REAJUSTE DE MENSALIDADE EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DA FAIXA ETÁRIA - POSSIBILIDADE - PERCENTUAL APLICADO PELO PLANO - NECESSIDADE DE REDUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Admite-se a validade de variação de valor de mensalidade conforme a faixa etária do usuário do plano de saúde, que se justifica em razão do aumento do risco subjetivo, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a)

previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656-98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 2. Deve o julgador, no exercício do seu poder revisional, readequar o valor do reajuste em questão e, assim, reequilibrar o contrato de plano de saúde entabulado entre as partes, de modo que ele não se torne uma obrigação exagerada ao apelado e nem uma vantagem indevida à apelante. 3. À mingua de critérios seguros trazidos por ambas as partes a estes autos para a efetivação do reajuste, aplica-se o percentual de 37% (trinta e sete por cento) acordado entre o Ministério Público Estadual, o PROCON-ES a própria apelante no TAC (Termo de Ajuste de Conduta) firmado nos autos da ação civil pública n.º 024.09.030596-2. 4. [] (TJES, Classe: Apelação, 14130005524, Relator : CARLOS SIMÕES FONSECA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 06/05/2014, Data da Publicação no Diário: 14/05/2014) Ademais, destaco que o contrato de prestação de serviços médicos, embora regido por legislação específica, deve seguir a mesma lógica dos contratos de seguro, ou seja, é imprescindível que os valores pagos a título de prêmio ou mensalidade sejam proporcionais ao grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Nessa esteira, é cediço que quanto mais avançada a idade do segurado, independentemente de ser ele enquadrado ou não como idoso, nos termos do respectivo Estatuto, maior será seu risco subjetivo, pois, normalmente, é provável que a pessoa de mais idade necessite de serviços de assistência médica com maior frequência do que outra de idade mais jovem. Assim, é razoável que seja estabelecido um percentual a ser aplicado para mudança de faixa etária dos consumidores idosos que alcancem a última faixa prevista nos contratos. Sendo cabível a aplicação de reajuste em razão da idade e estando este em consonância com o TAC firmado, entendo que o mesmo se deu de forma razoável e isonômica, não havendo que se falar em abusividade. Assim, da análise dos autos, entendo que o caso concreto não demonstra abusividade no aumento praticado pela operadora do plano de saúde, razão pela qual, conheço do recurso para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, julgando improcedentes os pedidos iniciais. Ante o provimento do recurso, sem condenação em custas e honorários advocatícios, conforme exegese do art. 55 da Lei 9.099/95. É como voto. VISTA. O SR. JUIZ DE DIREITO JOSÉ LUIZ DA COSTA ALTAFIM:- Eminent Relator, respeitosamente, peço vista dos autos. (111886620138080347; Classe: Recurso Inominado; Juiz: VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER; Órgão Julgador: 1ª TURMA RECURSAL DA CAPITAL; Data do Julgamento: 09/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. RELATÓRIO.
Trata-se de AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE LIMINAR ajuizada por MARIA DA PENHA NASCIMENTO ALVES em face de GOLDEN CROSS. Alega a autora, ora recorrida, que é beneficiária do plano de saúde do

recorrente e que necessita se submeter com urgência a procedimento cirúrgico denominado URETEROLITOTRIPSIA FLEXIVEL A LASER E IMPLANTE DE CATETER DUPLO J. Aduz que não consegue autorização pois o recorrente não tem pagado os serviços médicos pleiteados pelos profissionais credenciados. Requer, liminarmente a realização da cirurgia e no mérito a confirmação da liminar deferida. Liminar deferida consta na decisão, item nº 21 dos autos. Em contestação (item nº 41) a recorrente afirma que não recusou a realização do procedimento, mas sim dos urologistas que não aceitam receber o valor pago pelo plano de saúde. Sobreveio sentença (item nº 64) em que o juiz de 1º grau julgou procedente o pedido formulado na inicial e confirmou a liminar deferida, competindo o recorrente a autorizar procedimento cirúrgico, bem como arcar com todo o custeio dos materiais e honorários médicos. Irresignado com a sentença de 1º grau, o recorrente interpôs o presente recurso inominado (item nº 73). Requer, preliminarmente, o levantamento do valor depositado judicialmente a título de pagamento de honorários médicos, tendo em vista que cumpriu a obrigação de fazer imposta pelo juízo de 1º grau. No mérito, requer a reforma in toto da decisão. É o breve relatório. VOTO PRELIMINAR. Pleiteia o recorrente, liminarmente, o levantamento do valor depositado judicialmente a título de pagamento de honorários médicos, tendo em vista que cumpriu a obrigação de fazer imposta pelo juízo de 1º grau. Essa preliminar se confunde com o mérito, razão pela qual deixo de apreciá-la. Rejeito a preliminar. * VOTO MÉRITO. Analisando detidamente os autos, verifico que a sentença recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do artigo 46 da Lei 9.099/95. Observo que a relação jurídica subjacente à lide caracteriza-se como sendo de consumo, a partir das premissas fixadas nos artigos 2º e 3º, do CDC, imantando-se a mesma dos princípios e normas próprios do sistema consumerista, principalmente o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, inciso I). A recorrida comprovou por meio de juntada de laudo médico que necessitava se submeter a cirurgia de urgência denominada URETEROLITOTRIPSIA FLEXIVEL A LASER E IMPLANTE DE CATETER DUPLO J, pois encontrava-se com dois cálculos ureterais e um cálculo na pelve renal direita. Comprovou, ainda, que se encontrava com várias complicações originadas pela espera desses procedimentos médicos, com o risco de perda do rim direito. A justificativa dada pela recorrente de que estava impedida de fornecer autorização em virtude dos médicos não aceitarem receber o valor pago pelo plano de saúde a título de honorários médicos, não a isenta de qualquer responsabilidade. Os problemas internos ocorridos entre plano de saúde e médicos de forma alguma pode vir a prejudicar o consumidor que arca mensalmente com os custos do plano de saúde e possui a expectativa de que conseguirá ser submetido a qualquer procedimento contratual que necessitar com todas as despesas médicas pagas. Assim, entendo correta a decisão da juíza sentenciante que manteve a liminar, competindo o recorrente a autorizar procedimento cirúrgico, bem como arcar com todo o custeio dos materiais e honorários médicos. No que tange aos pedidos referentes

aos honorários médicos depositados em juízo pelo recorrente, entendo que, em que pese a juíza sentenciante negar o levantamento da quantia, não estabeleceu a destinação do valor, tampouco qual seria o montante a ser pago a este título. Logo, não compete a esta Turma Recursal apreciar matéria ainda não discutida em 1º grau, sob pena de supressão de instância. Ante ao exposto, conheço do recurso, negando-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Condeno o recorrente ao pagamento das custas processuais. Deixo de condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios uma vez que a parte recorrida não possui advogado constituído nos autos. É como voto. VOTOS. O SR. JUIZ DE DIREITO JOSÉ LUIZ DA COSTA ALTAFIM:- Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator. O SR. JUIZ DE DIREITO IDELSON SANTOS RODRIGUES:- Voto no mesmo sentido. DECISÃO. Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade de votos, rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, por igual votação, condecorar o recurso interposto mas lhe negar provimento, mantendo a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Condenar o recorrente ao pagamento das custas processuais. Deixar de condenar ao pagamento de honorários advocatícios uma vez que a parte recorrida não possui advogado constituído nos autos. (156908520138080173; Classe: Recurso Inominado, Juiz: VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER; Órgão Julgador: 1ª TURMA RECURAL DA CAPITAL; Data do Julgamento: 09/09/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

DIREITO PENAL SANITÁRIO. ART. 56, CAPUT, DA LEI Nº 9.605/98. ARMAZENAR, EMBALAR E COMERCIALIZAR SUBSTÂNCIA TÓXICA, PERIGOSA OU NOCIVA À SAÚDE HUMANA, EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGULAMENTARES. ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO OCORRENTE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR REDUZIDO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Restando demonstrado que o denunciado mantinha em seu estabelecimento comercial, as atividades de armazenagem, embalagem e comercialização de soda cáustica (sendo lá apreendidos mais 03 mil quilos do produto), em desacordo com as exigências das leis e dos regulamentos, ou seja, sem autorização da ANVISA (Agência de Vigilância Sanitária) e sem alvará sanitário expedido pela Secretaria Estadual da Saúde, em violação à Lei nº 6.437/77, Decreto 8077/13, Lei nº 6360/76 e Decreto Estadual nº 23.430/74, este que dispôs sobre a Promoção e Recuperação da Saúde Pública, incide nas penas do art. 56, caput, da Lei nº 9.605/98. Não há que se falar em erro de proibição, diante da potencial consciência da ilicitude, em virtude das suas condições pessoais apresentadas, tratando-se de proprietário estabelecido no ramo comercial, inviável que soubesse das exigências legais para manipular e comercializar produto tóxico à saúde humana, como soda cáustica. Mostrando-se desproporcional o valor fixado a título de prestação pecuniária, operou-se a sua redução. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

(Apelação Crime N° 70060662186, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 25/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SÃO JERÔNIMO. LEIS - SÃO JERÔNIMO 578/93, 1.875/01, 1.715/99, 1.945/01 E 2.344/04. PINTOR. PLEITO DE PERCEPÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO OU DE ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PRETENSÃO DESACOLHIDA NA SENTENÇA. CONFIRMAÇÃO. 1. Na espécie, descabida a aplicação de legislação trabalhista, já que é da atribuição exclusiva do ente público municipal a disciplina atinente ao seu funcionalismo (art. 30, I, da CF-88). 2. A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, sendo necessária ao pagamento de adicional de insalubridade ou de periculosidade ao servidor público, além de expressa previsão legal, a demonstração da existência de condições danosas à saúde na atividade laboral. 3. No caso, considerando que as atividades inerentes ao cargo de Pintor, foram enquadradas como insalubres em grau médio na legislação que regulamentaram a concessão das gratificações perseguidas (Lei-SJ nº 1.715/99, Lei-SJ nº 1.945/01 e Lei-SJ nº 2.344/04), descabida a concessão do benefício em grau mais elevado, assim como a concessão do adicional de periculosidade, sob pena de violação ao princípio da legalidade. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível N° 70037962560, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 25/09/2014)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEPÓSITO DE ANIMAIS. NOCIVIDADE À SAÚDE PÚBLICA. CÃES VELHOS, DOENTES E SUJEITOS A CUIDADOS ESPECIAIS. REMOÇÃO. CABIMENTO. Verificando-se que as alegadas condições favoráveis das instalações da associação agravante não se coadunam com a prova dos autos, a retratar quadro inaceitável de depósito de animais, cabível a remoção destes ao Centro de Controle de Zoonoses do Município de Flores da Cunha, inclusive daqueles velhos, doentes e que necessitam de cuidados especiais, cumprindo anotar que, quanto a estes, as deliberações do juízo de 1.º grau, no sentido da remoção escalonada, com a retirada, primeiro, dos animais saudáveis, eliminam, em grande parte, os riscos descritos no recurso. (Agravo de Instrumento N° 70060772910, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 10/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. MUNICÍPIO DE PELOTAS. HOSPITAL DE PRONTO SOCORRO. MELHORIA DO ATENDIMENTO. RESPONSABILIDADE

SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO E ERGS, BEM COMO DOS MUNICÍPIOS VIZINHOS. DESCABIMENTO. CONTROLE JUDICIAL. EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. INAÇÃO ADMINISTRATIVA. MÍNIMO EXISTENCIAL. TRANSGRESSÃO DA AUTORIDADE CONSTITUCIONAL E LEGAL. CARÁTER VINCULANTE E COGENTE. TRANSFERÊNCIA EXCEPCIONAL DOS PACIENTES E AQUISIÇÃO DE LEITOS NA REDE PARTICULAR. CABIMENTO. MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR. Preliminar de chamamento ao processo I - O sistema de saúde é encargo de todos os entes federados, sem atribuições exclusivas e excludentes. Trata-se de responsabilidade solidária, cabendo ao cidadão demandar contra qualquer deles, conjunta ou separadamente. Inteligência dos artigos 196, caput, e art. 198, § 1º, ambos da Constituição da República; art. 7º, XI, da Lei Federal nº 8.080/90 e art. 241 da Constituição Estadual. II - Não obstante a solidariedade, na esteira da posição adotada no âmbito da Corte Especial do e. STJ, em sede de recurso representativo de controvérsia - art. 543-C do CPC -, não se afigura factível o chamamento ao processo dos municípios vizinhos nas ações de prestação de serviços de saúde. Precedentes da jurisprudência. Mérito I - Consoante entendimento do e. STF, cabível o controle judicial para a efetivação das políticas públicas asseguratórias do mínimo existencial da população, em especial o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana. Cumpre frisar a atribuição do Judiciário na efetivação dos direitos individuais e coletivos de estatura constitucional, tendo em vista a índole vinculativa e consequente limitação da discricionariedade da atuação administrativa e a primazia da Constituição da República, a afastar qualquer sombra de violação à separação dos poderes da República, diante do conflito entre os valores constitucionalmente estabelecidos. Neste sentido, devida a adequação do atendimento médico de urgência no Pronto Socorro de Pelotas, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. II - A imposição de obrigação de transferência dos pacientes do Pronto Socorro para outro hospital da rede pública, em 72h - leito clínico -, ou 48h - leito UTI -, e a obrigação excepcional de aquisição de leitos na rede particular nos casos de insucesso, configura medida mínima para a concretização das políticas estabelecidas, sopesada a notória dificuldade no gerenciamento da viabilização dos escassos recursos públicos, as quais sucumbem frente a magnitude do direito cotejado. IV - Cabível a fixação de multa diária em face da Fazenda Pública, quando necessária à efetivação de decisão judicial. Precedentes do STF e deste Tribunal. V - Redução do valor arbitrado, na esteira dos julgados deste Tribunal parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70058136292, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 25/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO. REAJUSTE INCONTROVERSO DA MENSALIDADE DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO

EM 40%, APÓS A ALTERAÇÃO DA FAIXA ETÁRIA PARA SESSENTA ANOS. INAPLICABILIDADE DO TAC, FIRMADO COM A DEFENSORIA PÚBLICA E HOMOLOGADO JUDICIALMENTE, ÀS PRETENSÕES INDIVIDUAIS QUE DEMANDAM POR SOLUÇÃO DIVERSA DA ACOLHIDA NO PROCESSO COLETIVO. GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. ENTENDIMENTO LEVADO A EFEITO NO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 71004600938. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 20 DAS TURMAS RECURSAIS. Hipótese fática, em que a consumidora completou 60 anos em 03 dezembro de 2011 (fl. 11v), sendo que o contrato coletivo sub judice foi firmado em 02 de março de 2001 (fl. 90). Incidência da Súmula nº 20 das Turmas Recursais, na parte em que prevê que nos contratos assinados entre 2 de janeiro de 1999 (vigência da lei 9.656) e 1º de janeiro de 2004 (data do início da vigência do estatuto do idoso), (...) nenhum reajuste será aplicável, no entanto, quando o consumidor completar sessenta anos ou mais a contar de 02/01/99 e estiver vinculado ao plano há mais de dez anos. Dever de devolução simples dos valores pagos a maior mantido. SENTENÇA MANTIDA NO SENTIDO DE IMPOSSIBILIDADE DE REAJUSTE E DE DEVOLUÇÃO SIMPLES DO INDÉBITO, MAS POR OUTROS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004587432, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 16/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNDACAO DE SAUDE PUBLICA SAO CAMILO DE ESTEIO - FSPSCE. SITUAÇÃO PRECÁRIA. ALTO RISCO À SAÚDE DE QUEM UTILIZA OS SERVIÇOS. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO IMEDIATA DE CRONOGRAMA DE REGULARIZAÇÃO E RELATÓRIO INFORMANDO OS ÓBICES PARA OBTENÇÃO DE PPCI E ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70060838752, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 30/09/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E DE DESINTOXICAÇÃO. USUÁRIO DE DROGAS. TUTELA ANTECIPADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. Comprovadas a necessidade e a urgência da realização de tratamento psiquiátrico ao paciente carente de recursos, usuário de drogas, mister a efetiva prestação da garantia constitucional à saúde pelos entes públicos, em regime de responsabilidade solidária. Inteligência do art. 196 da Magna Carta. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70061943320, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 06/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. PESSOA MAIOR DEPENDENTE ALCOÓLICA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO DE FORNECÊ-LA. SENTENÇA INCERTA E INDETERMINADA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. CABIMENTO. 1. Não é incerta e indeterminada a sentença quando o pedido deduzido é claro e ela não desborda do pleito deduzido na peça exordial. 2. Tratando-se de pessoa dependente alcoólica, agressiva e violenta, é cabível pedir aos Entes Públicos a sua internação compulsória e o fornecimento do tratamento de que necessita, a fim de assegurar-lhe o direito à saúde e à vida. 3. Os entes públicos têm o dever de fornecer gratuitamente o tratamento de pessoa cuja família não tem condições de custear. 4. Há exigência de atuação integrada do poder público como um todo, isto é, União, Estados e Municípios para garantir o direito à saúde. 5. É solidária a responsabilidade dos entes públicos. Inteligência do art. 196 da CF. 6. Considerando o julgamento pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça do Incidente de Inconstitucionalidade nº 70041334053, que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.471/2010, que isentava as pessoas jurídicas de direito público de custas processuais, despesas e emolumentos, deve ser mantida a condenação do Município ao pagamento de custas processuais nos termos postos na sentença. Recursos desprovidos. (Apelação Cível Nº 70060939311, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 02/09/2014)

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ECA. EXAME MÉDICO. MUNICÍPIO DE CAPÃO DO LEÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL, DA UNIVERSALIDADE, DA ISONOMIA, DA IGUALDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. A responsabilidade pelo atendimento à saúde (no caso, fornecimento de exame de endoscopia digestiva) é solidária entre União, Estados e Municípios. Eventual deliberação a respeito da repartição de responsabilidade compete unicamente aos entes federativos, a ser realizada em momento oportuno, tendo em vista a solidariedade existente entre todos, não podendo o particular ter limitado seu direito à saúde, garantido constitucionalmente, por ato da Administração Pública. 2. Eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado. 3. Não há falar em violação ao princípio da separação dos poderes, porquanto ao judiciário compete fazer cumprir as leis, ordenando a observância dos dispositivos da Constituição Federal violados quando da negativa da Administração, o que não consagra, igualmente, ofensa aos princípios da universalidade, da isonomia e da igualdade. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70061476214, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 02/10/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INTERVENÇÃO PARA TRATAMENTO DE POLIPOSE NASAL E DESVIO DE SEPTO. PERFURAÇÃO DA BASE DO CRÂNIO. ERRO MÉDICO POR AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. INDENIZAÇÃO. 1. Caso em que o autor sofreu perfuração da base do crânio ao submeter-se à cirurgia para tratar polipose nasal e desvio de septo. 2. O plano de saúde não responde por erro atribuído a profissional liberal credenciado, pois não interfere na escolha do médico pelo segurado, tampouco em relação ao procedimento adotado pelo clínico. Inexistência de relação de subordinação ou vínculo empregatício entre o plano de saúde e o médico. 3. “A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos” - lição da jurisprudência do STJ. 4. Prova pericial que aponta inexistir culpa do profissional médico quando da intervenção realizada. Laudo que afastou a negligência como causa à perfuração da base do crânio do paciente. Evento que, embora raro, é citado pela literatura médica como fato de possível ocorrência. Erro médico não evidenciado. 5. Dano moral ocorrente. Ofensa ao dever de informação, ante a falta de aviso ao paciente das possíveis complicações decorrentes da intervenção cirúrgica. Consentimento informado que não foi observado, impossibilitando ao consumidor, ciente dos riscos e através da autonomia da vontade, optar ou não pela realização da cirurgia. Responsabilidade civil do médico reconhecida. 6. “É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica” - lição doutrinária. 7. Prejuízo estético não evidenciado. Cicatriz em região abdominal, discreta, que não é suficiente a causar qualquer constrangimento à parte. Precedentes desta Corte. 8. Ausente sistema tarifado, a fixação do quantum indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. 9. Afastamento do dano estético, estabelecido conjuntamente com o dano moral, que impõe a diminuição do montante indenizatório. Redução para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). 10. Despesas específicas com medicamentos impugnadas na contestação. Falta de insurgência em réplica ou prova do nexo de causalidade entre o fato descrito na inicial e o uso das substâncias objetadas pelo réu. Parcela indenizatória material parcialmente afastada. 11. Necessidade de tratamento do quadro epilético. Manutenção da sentença. Prova pericial que aponta ser a lesão consequência da intervenção clínica realizada pelo demandado. 12. Ônus de sucumbência. Readequação. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA. PROVIDO EM PARTE O RECURSO DO RÉU. UNÂNIMI Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 25/09/2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO ODONTOLÓGICO. IMPLANTES DENTÁRIOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ERRO DO

PROFISSIONAL DA SAÚDE. PROCEDÊNCIA MANTIDA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. Preliminar de nulidade da sentença 1. Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, quando atendido o ordenamento jurídico vigente, que adotou o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do Juiz, pelo qual todas as decisões judiciais devem ser assentadas em razões jurídicas, cuja invalidade decorre da falta destas, consoante estabelecem os artigos 93, inc. IX da Constituição Federal e 458 do Código de Processo Civil, o que incorreu no presente feito. Mérito do recurso em exame 2. A responsabilidade civil do médico dentista é subjetiva, necessitando a comprovação da culpa, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC. 3. A obrigação assumida pelo profissional da área da saúde como o odontologista é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 4. Assiste razão à autora ao imputar à demandada a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que restou devidamente comprovado no feito que não foi empregada a técnica de tratamento adequada. Ademais, a parte ré não agiu com o zelo e cuidado esperado, determinando a realização de todos os exames necessários para a elucidação do quadro clínico da postulante, a fim de empregar a técnica correta no procedimento efetuado e na recuperação desta. 5. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano moral deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o resarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Quantum mantido. Afastada a preliminar suscitada e negado provimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70060458346, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 24/09/2014)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ADMINISTRATIVO. PLANO DE SAÚDE. SESSÕES DE ESTIMULAÇÃO MAGNÉTICA TRANSCRANIANA SUPERFICIAL REPETITIVA. NEGATIVA DE COBERTURA POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DE PROCEDIMENTOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE COMPLEMENTAR (ANS). AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA NO CONTRATO. DEVER DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE DE COBRIR OS CUSTOS DO PROCEDIMENTO. VALOR DO EXAME QUE DEVE SER PAGO PELA UNIMED. 1. A prova de solicitação de atendimento na via administrativa não é requisito para a demanda, não sendo obrigatória sua apresentação à medida que descebe o esgotamento da via administrativa para pleitear direito supostamente violado ou ameaçado de violação perante o Poder Judiciário. Garantia fundamental do acesso à Justiça, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. 2. Cabia à requerida Unimed comprovar que o contrato entabulado entre as partes

expressamente prevê a exclusão de cobertura das sessões de estimulação magnética superficial repetitiva. Aplicação do art. 6º, III, do CDC. Inteligência do art. 333, I, do CPC e do princípio da carga dinâmica da prova. Omissio o contrato, ele deve ser interpretado da maneira mais favorável ao consumidor. 3. O contrato firmado pelas partes prevê a cobertura de tratamento para a moléstia apresentada pela autora, pelo que não pode o plano se negar a arcar com as despesas de um procedimento indicado pelo médico do paciente, porque apenas a ele, conhecedor do quadro clínico do paciente, compete determinar qual o tipo de tratamento mais adequado ao caso, prescrever os métodos e os procedimentos mais indicados. 4. O valor a ser pago pela ré deve corresponder aquele efetivamente despendido pela parte para a realização do tratamento em tela. Assim, levando-se em conta que há comprovação do gasto de R\$ 8.800,00, bem como indicação do médico da realização de mais 15 sessões, no valor de R\$ 300,00 cada, o valor a ser pago pela requerida deve ser de R\$ 13.300,00. 5. Dano moral que, contudo, não resta configurado, considerando, sobretudo, que a autora não restou privada de realizar o procedimento, já realizadas 44 sessões pela parte autora. Ainda que não comprovada a efetiva negativa da ré, tal configuraria mero descumprimento contratual, que, contudo, não dá ensejo à reparação por dano moral. 6. Sentença parcialmente reformada para excluir os danos morais bem como adequar o valor a ser ressarcido. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível N° 71005080874, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe, Julgado em 24/09/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Paciente diagnosticada com neoplasia de mama e doença metastática em ossos. Necessidade de tratamento com fármaco específico (trastuzumab). Procedência na origem. Apelo da operadora. Recusa amparada em cláusula genérica. Natureza experimental do produto não comprovada. Indicação médica, ademais, que atenta às peculiaridades do histórico de saúde da autora. Intensificação da situação aflitiva verificada. Dano moral configurado. Quantum arbitrado em observância às circunstâncias do caso. Juros de mora. Termo inicial modificado de ofício. Incidência a partir da citação. Recurso adesivo da postulante. Ausência de preparo. Deserção reconhecida. Apelo da ré conhecido e desprovido. Recurso adesivo não conhecido. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.020973-5, da Capital, rel. Des. Ronei Danielli, j. 14-10-2014).

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CUSTEIO DE CIRURGIA. - DEFERIMENTO NA ORIGEM. RECURSO DA MOTORISTA RÉ. CULPA.

ALEGAÇÃO DESIMPORTANTE, NO CONTEXTO. INDICAÇÃO DE CIRURGIA URGENTE. PERIGO DE AGRAVAMENTO DA LESÃO. PRIVILÉGIO DA SAÚDE. CIRURGIAS ANTERIORES REEMBOLSADAS PELAS ACIONADAS (CONDUTORA E SEGURADORA). FATO NÃO IMPUGNADO. AGRAVADA APONTADA COMO “VÍTIMA” EM DOCUMENTO ELABORADO PELO AGENTE SEGURADOR, QUEM IGUALMENTE INTERPÔS RECURSO CONTRA A MESMA DECISÃO (AI N. 2014.003612-5 - JULGADO EM 10-7-2014). - É ressaltada a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela pretendida, se presentes os requisitos insertos no art. 273 do Código de Processo Civil, quais sejam: a prova inequívoca a convencer acerca da verossimilhança do alegado (caput), o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (§ 1º), além da ausência do perigo de irreversibilidade da medida. Este último pressuposto, em determinadas situações em que estão em conflito a saúde e a subsistência da vítima, deve ser considerado com cautela, sob pena de se esvaziar a razão do instituto. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DES-PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.015536-0, de Videira, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 09-10-2014).

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. SUPOSTO ERRO MÉDICO. Ajuizamento contra o médico, hospital e o estado de Santa Catarina. Sentença que reconhece a ilegitimidade passiva ad causam do estado e julga improcedente o pedido indenizatório. Recurso com pleito de reforma quanto a ilegitimidadae passiva para a causa e o mérito. Distribuição para câmara de direito público. Conhecimento do recurso apenas em relação a prefacial. Manutenção do decisum. Determinação de redistribuição para uma das câmaras de direito civil para julgamento do mérito. Ausência de decisão irrecorrível ou transitada em julgado quanto a preliminar. Exame do mérito pela câmara de direito público. Fundação hospitalar. Administração escolhida pelo secretário de estado da saúde. Observância ao art. 3º, inciso i, alínea ‘o’, do ato regimental n. 101/2010-TJSC, com a redação imposta pelo ato regimental n. 119/2011-TJSC. Conflito negativo de competência suscitado ao órgão especial. Nos termos do art. 3º, inciso I, alínea ‘o’, do Ato Regimental n. 101/2010-TJSC, com a redação que lhe foi dada pelo Ato Regimental n. 119/2011-TJSC, compete ao Órgão Especial decidir conflito negativo de competência instaurado entre Câmaras Isoladas de especialidades distintas. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.094975-1, de Curitibanos, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 09-10-2014).

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. INVALIDEZ PERMANENTE POR DOENÇA PROFISSIONAL. Concessão de aposentadoria por invalidez pelo instituto do seguro social (INSS). Pedido de pagamento do seguro negado sob o argumento de a moléstia em tela (fibromialgia) não gerar incapacidade total e permanente. Plena existência de cobertura contratual para invalidez por doença. Controvérsia

limitada à aferição da invalidez total e permanente. Sentença de procedência reformada por maioria de votos. Mérito. Pleito da autora pela modificação do resultado do julgamento do recurso interposto pela seguradora. Voto majoritário declarando a improcedência da demanda fulcrado no laudo pericial judicial que atesta a possibilidade de reversão do quadro de incapacidade da autora (diagnosticada com cervicobraquialgia), conforme atestou o perito judicial. Realizada nova perícia médica por determinação do grupo de câmaras de direito civil. Conclusão pela inexistência de incapacidade “do ponto de vista médico pericial”. Necessidade, contudo, de apreciação sistemática do conjunto probatório. Inteligência dos artigos 131 e 436 do código de processo civil. Prevalência do princípio do livre convencimento motivado. Avaliações técnicas inábeis a derruir a extensa prova documental constante nos autos. Segurada que obteve administrativamente do INSS a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez permanente. Presunção juris tantum de veracidade. Exegese do artigo 364 do código de processo civil. Alegação autoral de acometimento da saúde por fibromialgia corroborada por 4 (quatro) declarações médicas distintas. Laudos periciais que, contudo, realizaram diagnóstico de enfermidades diversas da relatada na exordial e das demais declarações médicas. Não satisfação pelos experts do objetivo de prestar esclarecimento técnico apto a auxiliar o magistrado na formação de sua convicção no tocante ao comprometimento da qualidade de vida da autora quando em exercício da atividade laboral habitual. Circunstância que autoriza o afastamento da conclusão pericial, especialmente porque incongruente com o restante do conjunto probatório. Não adstrição da jurisdição à conclusão encartada em laudo pericial. Prevalência do voto-vencido. Incapacidade da autora reconhecida. Hipótese de risco coberta pela apólice. Indenização securitária devida. Invalidez conceituada como perda da capacidade de exercer a profissão habitual. Interpretação da avença conforme a boa-fé objetiva. Disposições contratuais nulas de pleno direito, porquanto contrárias ao próprio objeto da avença. Exegese do artigo 51 do código de defesa do consumidor. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Embargos Infringentes n. 2012.065210-5, de Videira, rel. Des. Denise Volpato, j. 08-10-2014).

DIREITO PENAL SANITÁRIO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCUSSÃO EM CONTINUIDADE DELITIVA. (ART. 316, CAPUT, POR SEIS VEZES, C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. Recurso da defesa. Absolvição. Alegada insuficiência de provas da conduta delitiva. Inviabilidade. Funcionária pública e agente administrativa da secretaria de saúde que exigia pagamento indevido para realização de exames fornecidos gratuitamente pelo sistema único de saúde - SUS. Materialidade e autoria delitivas evidenciadas. Ré que admitiu ter recebido valores das vítimas, porém, disse não ter conhecimento de que tais exames eram fornecidos pelo SUS. Álibi não comprovado. Ônus que competia à defesa. Palavras das vítimas, firmes e coerentes.

Documentos comprovam que os exames pagos pelas vítimas foram realizados pelo sus. Contexto probatório apto a embasar a condenação. Excludente de ilicitude por erro de tipo. Alegação de que agiu sem o potencial conhecimento do ilícito. Impossibilidade. Ré que laborava no departamento de saúde do município há 12 anos. Contexto probatório evidencia que a ré possuía compreensão sobre a ilicitude do fato. Excludente de culpabilidade por estrito cumprimento de ordem de superior hierárquico (inexigibilidade de conduta diversa). Não acolhimento. Inexistência de provas de que cumpria ordem de superior hierárquico. Ademais, ré que pela sua experiência profissional e pelo contexto probatório dos autos tinha ciência de que o ato praticado era manifestamente ilegal. Condenação mantida. Redução da pena-base em razão de não ter má conduta social e personalidade desvirtuada. Reprimenda não valorada em razão dos referidos fundamentos. Ausência de interesse recursal. Não conhecimento no ponto. Continuidade delitiva. Redução do quantum aplicado. Acréscimo realizado pela magistrada fora dos parâmetros adotados por esta corte. Crime de concussão praticado por seis vezes. Necessidade de alteração para a fração de 1/2 (um meio). Adequação das penas. Alteração do regime prisional para o aberto. Inviabilidade. Pena superior a quatro anos. Regime semiaberto acertadamente fixado. Inteligência do art. 33, § 2º, “b”, do código penal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Não cabimento. Pena cominada que ultrapassa o limite de 4 (quatro) anos. Circunstâncias do crime que se apresentaram graves. Não preenchimento dos requisitos dispostos no art. 44, i e iii, do código penal. Isenção ou redução da pena de multa. Inviabilidade. Multa-tipo, cuja imposição decorre da norma, além de não haver legislação que autorize a referida isenção. Pena de multa proporcional à pena privativa de liberdade aplicada. RECURSO EM PARTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.084544-2, de Guaramirim, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 30-09-2014).

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RODOVIA ESTADUAL. OBRAS EMERGENCIAIS. LIMINAR DEFERIDA. Decisão hostilizada que deve ser mantida, diante da precariedade das condições de tráfego da rodovia, que apresentam irregularidades passíveis de ensejar danos à saúde e à incolumidade física dos usuários que ali circulam. Exclusão da multa imposta pessoalmente ao presidente do deinfra.. Concessão de prazo complementar para atendimento da tutela. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.042185-0, da Capital, rel. Des. Cesar Abreu, j. 30-09-2014).

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO PARA SUA APRECIAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 523, § 1º, DO CPC.

Na ausência de requerimento expresso do agravante para que o Tribunal proceda à análise do agravo retido, de acordo com a exegese do art. 523, § 1º, do CPC, este não deve ser conhecido. PRELIMINAR DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR MEDICAMENTOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM A DE PAGAR QUANTIA CERTA. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO. “O art. 77 do CPC estabelece hipóteses em que o demandado pode promover o ‘chamamento ao processo’ de outro obrigado pela prestação objeto do pedido, a fim de formar, com ele, um litisconsórcio passivo. Assim, o fiador demandado tem a faculdade de chamar ao processo o ‘devedor’ (inciso I) ou os ‘outros fiadores’ (inciso II); e o devedor pode chamar ‘todos os devedores solidários’ (inciso III). Como se percebe, são situações típicas e próprias de obrigação de pagar quantia, não se mostrando adequadas ou compatíveis com obrigações em que a prestação seja entrega de coisa certa, cuja satisfação efetiva não comporta divisão. É de se reconhecer, ademais, que se trata de formação de litisconsórcio passivo facultativo de caráter excepcional, eis que promovida pelo demandado. Com efeito, cumpre ao autor, em regra, a faculdade de escolher contra quem vai promover sua demanda. Ora, hipóteses excepcionais não comportam interpretação extensiva. 2. No caso, a pretensão posta na demanda é de entrega de coisa certa (medicamentos). 3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso”. (STJ, REsp. n. 1.125.537/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j.16.3.10). OBRIGAÇÃO DE ATENDIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO POR NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS. COMPROVADA A NECESSIDADE DOS MEDICAMENTOS PARA O TRATAMENTO DA MOLÉSTIA, O FORNECIMENTO DESTES É MEDIDA QUE SE IMPÕE. No Estado Constitucional de Direito, que sucede o antigo Estado Legislativo de Direito, não há como se admitir a tese de que as normas constitucionais não são dotadas de normatividade plena. Afinal, hoje a Constituição está no centro de uma estrutura de poder de onde irradia sua força normativa. É dotada de supremacia formal e material, determina a vigência e a validade das normas abaixo dela e fixa-lhes o modo de interpretação e compreensão. Além disso, se antes, no Estado Legislativo de Direito - e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação - o que se tinha era um juiz neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, atualmente essa figura desaparece e a concretização das normas constitucionais passa a ser o principal compromisso do Poder Judiciário. HIPOSSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PARA O AMPARO ESTATAL. TESE RECHAÇADA. PODER CONSTITUINTE QUE NÃO RESTRINGE O ACESSO AO DIREITO À SAÚDE ÀQUELES QUE NÃO POSSUEM RECURSOS FINANCEIROS. INTELIGÊNCIA DO ART. 186 DA CRFB/88. “O direito à saúde, nem na Carta Política, tampouco em legislação infraconstitucional, tem seu exercício condicionado ou limitado à comprovação de pobreza ou hipossuficiência daquele que requer a assistência do Estado.” (TJSC, AI

n. 2008.054686-1, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 8.6.09). CONTRACAUTELA. NECESSIDADE. MANUTENÇÃO DO PRAZO DE 12 MESES ARBITRADO EM PRIMEIRO GRAU, EM RAZÃO DO TEMPO INDETERMINADO DO TRATAMENTO. MOLÉSTIA PERMANENTE. O fornecimento de remédios deve ser condicionado à demonstração, pelo paciente, da permanência da necessidade do tratamento e de sua adequação, bem como da existência de medicamentos similares passíveis de substituição. MULTA COMINATÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE OFÍCIO PELA MEDIDA DE SEQUESTRO DE VALOR PÚBLICO CORRESPONDENTE AO CUSTO DOS MEDICAMENTOS. PROVIDÊNCIA QUE SE APRESENTA MAIS APTA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À SAÚDE. FACULDADE CONFERIDA AO MAGISTRADO PARA ARBITRAR, EX OFFICIO, A MEDIDA ASSECURATÓRIA QUE MELHOR SE ADEQUA AO CUMPRIMENTO DO COMANDO SENTENCIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 461, § 5º, DO CPC. A imposição de bloqueio ou sequestro de verbas públicas apresenta-se mais apta à garantir o cumprimento da determinação judicial de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, na medida em que, mesmo não atendido o comando sentencial, o sequestro dos valores será suficiente para a agasalhar a pretensão do enfermo e garantir, de forma eficaz, o seu direito à saúde, enquanto que a multa cominatória raramente atingirá a finalidade da decisão judicial, senão por vontade do próprio demandado. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIALMENTE MANTIDA. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. SUBSTITUIÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA COMINATÓRIA PELO SEQUESTRO DE VALORES. (TJSC, Reexame Necessário n. 2014.057649-2, de Imbituba, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 30-09-2014).

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. DECISÃO MONOCRÁTICA. Cuida-se de recurso apelatório interposto pelo Município de Rio Negrinho, em sede de ação civil pública aforada pelo *Parquet* estadual, por conta de alegada suspensão de serviços públicos de saúde, mercê de sentença assim ultimada: [...] JULGO PROCEDENTE o pedido inicial para confirmar a antecipação dos efeitos da tutela e, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, condenar o Município de Rio Negrinho a restabelecer/manter, de forma contínua e ininterrupta, todos os serviços públicos relativos à saúde pública, inclusive a realização de consultas e de exames médicos e o fornecimento de medicamentos, sob pena de multa diária que mantenho em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Sem condenação em custas e honorários. Sentença sujeita a reexame necessário (art. 475, I, do CPC). Escoado o prazo pra recurso voluntário, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com as homenagens de estilo. (fls. 236 e 237). Irresignado, o Município apelante requer a reforma da sentença em ordem a que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais. Sucessivamente, pugna pela expunção ou redução do valor da multa diária (*astreinte*) fixada para o caso de

descumprimento do comando judicial proferido (fls. 240 a 253). Foram apresentadas contrarrazões (fls. 256 a 262). O Ministério Público, pelo Procurador de Justiça Sandro José Neis, opinou pelo conhecimento e desprovimento da remessa e do recurso voluntário (fls. 267 a 270). É o relatório. Alega a Municipalidade apelante que não houve suspensão de serviços públicos de saúde, aduzindo que os casos trazidos pelo *Parquet* apelado constituem-se em situações isoladas não condizentes com a realidade dos serviços por ele prestados. Por isso advoga a extinção do feito sem resolução de mérito. Entretanto, não há como enquadrar, nos vários incisos do art. 267 do Código de Processo Civil, que tratam das hipóteses de extinção do feito sem resolução de mérito, a fundamentação deduzida pelo Município. Assim sendo, passo à apreciação do mérito do *meritum causae*. Como é cediço, a Constituição Federal, em seu art. 6º, insere a saúde como direito social inalienável, reiterando tal proclamação no seu art. 196, reproduzido, por simetria, no art. 153, da Carta Barriga-verde, assim dispondo: Art. 153. 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. É, pois, indubitável a competência dos entes federados, que de acordo com art. 23, inc. II, da Carta Magna da República, obrigam-se a promover políticas de amparo, prevenção, manutenção e recuperação na área da saúde. Em complemento, o art. 198 da mesma Constituição estatui: Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único de saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Certo é, portanto, que a execução das ações alusivas ao Sistema Único de Saúde constitui-se em dever solidário de todos os entes federados. Colhe-se, a propósito, da doutrina de José Afonso da Silva: O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro. [...]. O sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A EC-29/2000, dando nova redação ao art. 198, previu que essas entidades apliquem, anualmente, em ações e serviços de saúde pública recursos do produto de suas arrecadações tributárias e de transferências em percentagens e critérios estabelecidos em lei complementar, mas o art. 77 do ADCT, acrescido pela mesma Emenda, já estabelece o percentual de 5% para a União, 12% para os Estados e 15% para os Municípios e Distrito Federal, até a promulgação da referida lei complementar. (Curso de Direito Constitucional Positivo. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807) Assim resta claro que o direito à saúde deve ser assegurado a todos os cidadãos,

sendo obrigação dos entes públicos, tais como os Municípios, fornecer os serviços a ele inerentes. No caso em apreço a Municipalidade recorrente deixou de cumprir parte de sua obrigação nessa área, violando os preceitos constitucionais retro invocados. A mais disso, ela não logrou êxito em desconstituir as provas testemunhais trazidas pelo Ministério Pùblico acionante, as quais dão conta de que os indigitados serviços foram, de fato, suspensos nos meses de outubro a dezembro do ano de 2012. Aliás, o próprio apelante admite a suspensão dos serviços, quando afirma, em seu recurso, que “o mérito da ação civil pública se exauriu por inteiro quando do restabelecimento dos serviços por força da decisão liminar havida nos autos” (fl. 245). Impende, por outro ângulo, deixar consignado que o restabelecimento do serviço (obrigação do Município) nem de longe importa na extinção do processo, pois a concessão de provimento liminar ou antecipatório de tutela, mesmo que de índole satisfativa, não tem essa implicação, sobejando imprescindível o julgamento de mérito. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, invoco julgado desta Corte: AÇÃO CIVIL PÙBLICA - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - DIREITO À SAÚDE - PACIENTE PORTADOR DE ENFERMIDADE GRAVE - PRECISÃO DE CIRURGIA IMEDIATA - PROCEDIMENTO REALIZADO POR FORÇA DE LIMINAR SATISFATIVA - ALEGAÇÃO DE PERDA DE OBJETO - INOCORÊNCIA, ANTE A NATUREZA PROVISÓRIA DA MEDIDA - NECESSIDADE DE APRECIAÇÃO DO MÉRITO DA LIDE PARA CARACTERIZAR A COISA JULGADA - EXISTÊNCIA DE FILA ÚNICA DE ESPERA - MOLÉSTIA QUE IMPOSSIBILITA O PACIENTE DE AGUARDAR A ORDEM DE CHAMADA - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA IGUALDADE OU ISONOMIA NÃO CARACTERIZADA - CASO CONCRETO QUE REQUER TRATAMENTO DIFERENCIADO, NA MEDIDA DE SUAS DESIGUALDADES - PRIMAZIA DA VIDA QUE SE SOBREPÔE AOS DEMAIS PRINCÍPIOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS. (AC n. 2011.008553-8, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 7.7.2011 - negrитеi) Assim, corretamente decidiu a Magistrada sentenciante ao analisar o mérito e confirmar os efeitos da tutela antecipada. Insurge-se, também, o apelante quanto à multa imposta em caso de descumprimento. Sabe-se que essa medida constitui-se em providência de caráter coercitivo para dar concretude a decisão judicial prolatada, sendo que já não mais se controveverte acerca de sua imponibilidade ao Poder Pùblico, pois plenamente admitida. Note-se: [...] MULTA DIÁRIA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA - FAZENDA PÙBLICA - POSSIBILIDADE. “As *astreintes* podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito pùblico (Fazenda Estadual), que ficará obrigada a suportá-las casos não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado” (REsp n. 201.378, Min. Fernando Gonçalves). (TJSC - AC n. 2008.023825-6, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 2.7.2008). RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PROCESUAL CIVIL - ENTE PÙBLICO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - OBRIGAÇÃO DE DAR - FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - CABIMENTO

- PRECEDENTES - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE. 1 - A hipótese dos autos cuida da imposição de multa diária ao Estado do Rio Grande do Sul pelo não-cumprimento de obrigação de fornecer medicamentos à autora. Não se trata, portanto, de obrigação de fazer, mas de obrigação de dar. 2 - O artigo 461-A, § 3º, do CPC, estendeu a previsão de possibilidade de imposição de multa diária ao réu por atraso na obrigação de fazer (art. 461, § 4º) à obrigação de entrega de coisa. 3 - Na espécie, deve ser aplicado idêntico raciocínio adotado por esta Corte no que se refere às obrigações de fazer pela Fazenda Pública, ou seja, de que “o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as denominadas astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado” (AgRg no REsp 554.776/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 6.10.2003). 4 - Correto o Juízo de primeira instância ao condenar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer os medicamentos imprescindíveis à autora, portadora de problemas crônicos de visão, sob pena de imposição de multa diária no valor de R\$ 300,00. Recurso especial provido, para condenar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer os medicamentos imprescindíveis à autora, sob pena de imposição da multa diária já fixada em primeira instância. (STJ - REsp 852084/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 17.8.2006). Todavia, em relação ao valor fixado no caso concreto (R\$ 5.000,00 - fl. 236), é de convir-se que se revela excessivo, cabendo, por isso, como autorizado pelo art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil, reduzi-lo para o patamar de R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia de eventual descumprimento, na esteira de inúmeros arrestos promanados deste Tribunal. EM FACE DO EXPOSTO, dou parcial provimento ao recurso, fazendo-o com espeque no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, apenas para reduzir o valor da multa diária (*astreinte*) para o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia de eventual descumprimento. (Apelação Cível n. 2014.023967-3, de Rio Negrinho; Relator: Des. João Henrique Blasi; Florianópolis, 30 de setembro de 2014)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. Na comarca de Itajaí, R. M., requereu a internação compulsória de seu filho I. G. M. de C., dependente químico maior de idade, em ação direcionada, também, em face do Município de Itajaí e do Estado de Santa Catarina. O feito foi distribuído à Vara da Infância e Juventude daquela comarca, unidade com competência para as lides relativas ao estado e capacidade das pessoas, que declarou sua incompetência para julgar o processo, ao argumento de que “o feito é de competência da Vara da Família, por ser o objeto deste o estado de pessoas” (fl. 101). A Vara de Família da mesma comarca, entretanto, negou-se a prestar jurisdição, suscitando conflito negativo, ao argumento de que a competência para processar e julgar ‘lides relativas ao estado e capacidade das pessoas’ em Itajaí, foi atribuída à Vara da Infância e Juventude, nos termos da Resolução n. 03/05-TJ. Presentes as razões dos juízos suscitante e suscitado, a douta Procuradoria-Geral de Justiça

manifestou-se pelo acolhimento do conflito, declarando-se competente o juízo suscitado. É o relatório. O art. 120 do Código de Processo Civil ressalva que “havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência”. É o caso dos autos porque o colendo Órgão Especial firmou jurisprudência sobre a questão: “Inegavelmente a dependência química é uma questão de saúde pública. No entanto, nos processos em que requer o Ministério Público a internação coativa de dependente química e o seu tratamento às expensas do Estado, a questão refoge às políticas públicas de atendimento, pois o que se busca, em verdade, é o suprimento judicial para um caso específico, de um dependente em particular, com a retirada da capacidade volitiva da drogada. Assim, nas ações que objetivam a internação compulsória de dependente químico, ainda mais tratando-se de uma mãe de quatro filhos, a competência para dirimir a questão é da vara da família, alheando-se a dos feitos da fazenda pública, vez que ao Estado incumbe, apenas e de forma subsidiária, promover o tratamento médico” (TJSC, Órgão Especial, rel. Des. Trindade dos Santos, CC n. 2014.0100787-1, de São João Batista, j. 19-03-2014). No mesmo sentido: “Nas ações tendentes a alcançar a internação compulsória de dependente químico, prevalece a competência das varas da família, em detrimento da dos feitos da fazenda, eis que àquelas possuem identidade com o estado e a capacidade da pessoa internada, enquanto que estas interferem, apenas, no que tange ao tratamento requerido” (TJSC, Órgão Especial, rel. Des. Trindade dos Santos, CC n. 2013.049112-2, de Araranguá, j. 04-12-2013). No caso concreto, duas questões tomam relevo para pacificar o conflito negativo de competência. A primeira, a de que os juízes em conflito não divergem entre si e nem quanto às conclusões da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, no sentido de que o presente processo envolve o estado e a capacidade da pessoa a ser internada, o menor I. G. M. de C. Veja-se, a propósito, do juízo suscitado, a assertiva de que este processo deve tramitar no juízo suscitante “por tratar de direitos referentes ao estado de pessoas”, reafirmando seu entendimento “por ser o objeto deste o estado de pessoas”. A segunda questão relevante consiste no fato de que, ordinariamente, a administração do Poder Judiciário atribui ao juízo de Família a competência para ‘processar e julgar direitos referentes ao estado de pessoas’, em face do disposto no art. 96, I, do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina. Em Itajaí, contudo, após processo administrativo próprio - com exame de estatística forense, número de processos entre outros valores, que não nos compete discutir aqui -, a Administração do Poder Judiciário, mediante anuênciam expressa de seu Tribunal Pleno, atribuiu a competência para feitos referentes ao estado e capacidade de pessoas ao juízo da Vara da Infância e Juventude, conforme se vê do disposto no art. 1º. VII, da Resolução n. 3/2005-TJ, em redação ainda em vigor, embora com a transformação de competência definida na Resolução n. 04/08-TJ: Resolução n. 3/2005-TJ: Art. 1º Em decorrência desta Resolução: VII - nas comarcas de Criciúma e de Itajaí: a) cria-se a Vara da Infância e da Juventude e Anexos, com competência privativa para questões da Infância e da Juventude (art. 101 do

CDOJESC e Lei Federal n. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente) e feitos relativos a sucessões, órfãos, ausentes, interditos, provedoria, resíduos e fundações, previstos nos arts. 96, I, "c" e "h", 97 e 98, exceto I, "d", todos do CDOJESC; Resolução n. 4/2008-TJ: Art. 1º Compete ao Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude e Anexos da comarca de Itajaí, além das atribuições já previstas no artigo 1º, inciso VII, alínea "a", da Resolução n. 3/2005-TJ, processar e julgar os feitos relativos às sucessões que envolvam maiores e capazes. A propósito da competência distribuída através da Resolução n. 03/2005-TJ, destaca-se do CDOJESC, na parte que interessa: Art. 96 - Compete-lhe como juiz de família: I - processar e julgar: c) as causas de interdição e as de tutela, emancipação de menores e quaisquer outras relativas ao estado e capacidade das pessoas, cabendo-lhe, nas mesmas, nomear curadores ou administradores provisórios e tutores, exigir-lhes garantias legais, conceder-lhes autorizações, suprir-lhes o consentimento, tomar-lhes contas, removê-los e substituí-los; h) todos os fatos de jurisdição voluntária e necessários à proteção da pessoa dos incapazes ou de seus bens, ressalvada a competência do juiz de menores e de órfãos; Portanto, além das atribuições típicas da jurisdição orfanológica (art. 97 do CDOJESC), atribuiu-se ao juízo suscitado, da Infância e Juventude e Anexos de Itajaí, a jurisdição sobre processos de 'provedoria, resíduos e fundações' (art. 98); de ações para proteção de incapazes (art. 96, I, 'h') e, na parte que interessa ao julgamento do conflito, de feitos relativos 'ao estado e capacidade das pessoas' (art. 96, I, 'c'). Por fim, em que pese não se tenha declarada a interdição de I. G. M. de C., ainda assim remanesce a competência do juízo suscitado, não apenas pela possibilidade in concreto da interdição, mas principalmente "por ser o objeto deste o estado de pessoas" (fl. 101). Em decorrência, julgo procedente o conflito para declarar competente o juízo suscitado (Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude e Anexos da Comarca de Itajaí), a quem os autos devem ser remetidos com a urgência que o caso requer. Publique-se, dando-se ciência aos juízes em conflito. (Conflito de Competência n. 2014.057295-1, de Itajaí; Florianópolis, 22 de setembro de 2014; Monteiro Rocha – RELATOR)

ARGENTINA

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CAPACIDADE ECONÔMICA DO CIDADÃO. *Sumario: 1- Corresponde revocar el fallo que rechazó la acción de amparo promovida por considerar que no había existido conducta arbitraria de la demandada al reducir al 70% el reconocimiento de la cobertura del medicamento que precisa el amparista para tratar su enfermedad, debiendo la obra social brindar la cobertura del 100% del medicamento en cuestión o cualquier otro indicado por sus médicos para el tratamiento de su enfermedad ya que el art. 4º de la ley 25404 no establece ningún porcentaje. 2- Toda vez que, según el art. 4º de la ley 25404, la obligación a cargo de la obra social es integral, la res. nº 310/04 del Ministerio de Salud (B.O. 3/4/04) no puede ser interpretada en sentido contrario al*

de la ley cuyo rango es indudablemente superior (art. 31 de la CN.), pues no hay nada en la motivación de ese acto administrativo que abone la tesis de la accionada ya que fue dictado con el propósito de actualizar el PMO - res. M.S. nº 201 - adecuándolo a los requerimientos de la ley 25673 y el porcentaje del 70% se refiere a los medicamentos antiepilepticos en general -Anexo I modificadorio del Anexo III, N03-, mas no al tratamiento que requieran las personas que padecen ese mal. 3- La ley 25404 no condiciona el derecho de la actora a la obtención del certificado de discapacidad ya que la inclusión de las prestaciones dentro del PMO lo es sin perjuicio de la aplicación de las leyes 22431 y 24901 (art. 6 de la ley cit.); tampoco a la falta de recursos del afiliado ya que el art. 4 del dec. 53/09 reglamentario de aquél cuerpo legal prevé que la autoridad de aplicación asistirá a las jurisdicciones que no tengan capacidad para la atención de pacientes epilépticos, lo que comprende el diagnóstico y la provisión de drogas de primera y segunda elección para dichas personas sin cobertura médico asistencial y carentes de recursos económicos. Fallo: Buenos Aires, 19 de noviembre de 2013. VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado por la actora a fs. 213/224 (concedido en relación y en ambos efectos a fs. 225), cuyo traslado fue contestado a fs. 227/230 vta., contra la sentencia de fs. 208/211; y CONSIDERANDO: I. La Señora M.C. inició la presente acción de amparo con el objeto de que la Obra Social del Poder Judicial de la Nación le otorgara la cobertura del 100 % del medicamento "LAMICTAL" para el tratamiento de la enfermedad que padece. También solicitó el dictado de una medida cautelar que le permitiera contar con la medicación ínterin el trámite del proceso (cfr. fs. 65/78 vta.). Relató que desde los 18 años sufre de "Epilepsia del tipo Mioclónica idiopática generalizada", por lo que fue medicada con distintas drogas para controlar sus crisis, sufriendo indeseados efectos colaterales (caída de cabello, problemas hepáticos y gástricos, temblores, entre otros), hasta que finalmente le prescribieron la droga "LAMICTAL", con la cual logró un "excelente control" de los ataques, teniendo además, como "dato de extrema trascendencia, muy buena tolerancia a la lamotrigina" (cfr. fs. 66). Señaló que la epilepsia idiopática es una enfermedad neurológica crónica que obliga a "un cuidado y tratamiento permanentes, diarios y sumamente estrictos, porque una crisis epiléptica mal controlada puede traer gravísimas consecuencias para mi salud, y que pueden causar pérdida del conocimiento, caídas en la vía pública o en cualquier lugar o espasmos masivos, las cuales colocan a mi vida en riesgo de muerte" (cfr. fs. 66 vta.). Expresó que la Obra Social demandada le reconoció distintos porcentajes de cobertura a lo largo del tiempo, empezando por el 100% hasta descender al 70 %, porcentaje éste que continua hasta el presente (cfr. fs. 68 vta.). Afirmó que la ley le reconoce el derecho a exigir la prestación integral y que, por lo demás, no puede afrontar el costo de la diferencia del medicamento (dos cajas mensuales de aprox. \$ 540, 03 cada una, al momento de inicio de la demanda, en septiembre del 2011 (cfr. fs. 78 vta.), por lo que formuló el correspondiente reclamo por escrito ante la demandada que, en los hechos, fue rechazado. En otro orden de cosas informó que es Oficial Notificadora dependiente del Consejo de la Magistratura y que abona un crédito hipotecario del Banco Francés y un crédito personal del Citibank. A fs. 79

se le fijó a la causa el trámite de la acción de amparo y se rechazó la medida cautelar requerida. La OSPN contestó el informe del art. 8º de la ley 16.986 (cfr. fs. 85/91), reconociendo que, si bien es cierto que por excepción le fue otorgando a la actora la cobertura del 100%, en la actualidad le ofrece el 70 % de reintegro puesto que es la “cobertura reglamentaria vigente en la Obra Social”, hallándose excluida de las leyes 23.660 y 23.661 en virtud de lo establecido en el art. 4º de la ley 23.890. II. Después de producida la prueba correspondiente ofrecida por las partes, el juez de primera instancia rechazó la acción promovida con costas a la actora por considerar que no había existido conducta arbitraria de la demandada (cfr. fs. 208/211). Contra esa decisión, apeló la amparista alegando -básicamente- que en virtud de lo dispuesto por la ley 25.404, la Obra Social debe brindarle la cobertura total del medicamento requerido, sin perjuicio de destacar que, por su elevado costo no lo puede solventar (cfr. fs. 213/224). III. En el sublite fue acreditado que: 1º) la Sra. C. M. de 36 años de edad, es afiliada a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (cfr. fs. 3); 2º) padece “Epilepsia del Tipo Mioclónica” con “crisis epilépticas” desde los 18 años de edad por lo cual debe recibir medicación diaria en forma crónica (cfr. certificados médicos de fs. fs. 7/18), 3º) el reclamo administrativo efectuado ante la OSPN con respuesta negativa (cfr. fs. 19/55), 4º) la demandada le proveyó a la actora durante los años 2007 y 2008 la cobertura del 100 % del medicamento “LAMICTAL”, 200 mg., en la cantidad de dos cajas mensuales de 30 comprimidos cada una, entre el año 2009 y el 2010 la redujo unilateralmente al 90% y, ulteriormente, al 70%, que es el porcentaje que le otorga en la actualidad y 5º) la afiliada reclamó por escrito la prestación integral, sin éxito. IV. El a quo tuvo en cuenta que la actora percibía una remuneración neta de \$ 7.895 y que el costo del tratamiento ascendía a \$ 540,03 por caja del medicamento prescripto a razón de dos por mes. Así fue que concluyó que no estaba acreditada la “imposibilidad de afrontar el costo del medicamento requerido” y que, por lo tanto, la demanda debía ser rechazada considerando 3, fs. 210 vta.). El fallo carece de fundamentación adecuada porque en él se prescinde del texto legal aplicable -es decir, de la ley 25.404 y del decreto 52/09- sin dar razón atendible (Fallos: 237:349; 239:10; 245:416 y 251:309 entre muchos otros); en concreto, no contiene una interpretación de las disposiciones pertinentes que permita darles un sentido armónico a los fines de establecer la premisa mayor sobre la cual subsumir el caso. El artículo 4º de la ley 25.404 (B.O. 3/4/2001) prescribe que “El paciente epiléptico tiene derecho a recibir “asistencia médica integral y oportuna” (el subrayado no es del original). Dicha asistencia no puede quedar circunscripta al diagnóstico de la enfermedad ni a una parte del costo del tratamiento ya que el adjetivo “integral” significa global y total (conf. Diccionario de la Real Academia). Las palabras empleadas por el legislador deben ser interpretadas en el sentido corriente cuando son claras y concuerdan con la finalidad de la norma (Fallos: 120:399; 200:176; 213:413). El objetivo del régimen legal fue -además de evitar la discriminación (art.1º)- brindarle al paciente la asistencia necesaria para conjurar los riesgos que esa patología entraña para su salud. Por ende, no es lógico sentar como principio que el porcentaje de la cobertura queda librada al arbitrio de la obra social ya que, si

así fuera, carecería de sentido la propia ley sancionada por el Congreso. Con esa inteligencia del asunto es que el artículo 6º de la ley incluye a las prestaciones médico-asistenciales vinculadas al tratamiento de la epilepsia dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO) aprobado por la resolución nº 939/00 del Ministerio de Salud, el cual es considerado un “piso”, es decir, un estándar mínimo de protección para los beneficiarios (esta Cámara, esta Sala, causas nº 5411/07 del 09-10-08, 7362/09 del 19-04-11; Sala II, causas nº 6138/07 del 27-09-07, 7474/07 del 27-05-08, Sala I, causa nº 14/06 del 27-04-07, entre muchas otras). V. Definido lo anterior, está fuera de discusión que la demandante fue atendida por los médicos especialistas en neurología, Lucio Pascual Serra -del Hospital Italiano-, Alfredo Thomson -del Hospital Británico- y Gabriela Dgarnes, de la Fundación para la Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (“FLENI”) quienes constataron la patología referida en la actora prescribiendo “Lamictal” como única medicación para tratarla debido a los efectos contraproducentes experimentados por la ingesta de otros medicamentos alternativos (ver documental, ejemplares, fs. 7/18). Ese producto tiene relación directa con el tratamiento de la epilepsia y, por lo tanto, queda comprendido dentro del conjunto de prestaciones que la demandada debe afrontar. Por lo visto, inicialmente la OSPJN otorgó la totalidad de la prestación reduciéndola ulteriormente. Descartada la discrecionalidad para obrar de ese modo, cabe examinar cuáles fueron las razones jurídicas que la llevaron a modificar progresivamente su temperamento. Al dictar la resolución OSDG nº 1185 del 17 de julio de 2009 la accionada autorizó “por excepción” otorgar el 90% de la provisión de dos envases de Lamotrigina 200 mg. (Lamictal) de treinta comprimidos por mes hasta el 31 de mayo de 2010 basándose en los siguientes argumentos: a) no estaba comprendida dentro de las leyes 23.660 y 23.661; b) el artículo 4º de la ley 25.404 no disponía ningún porcentaje de cobertura por lo que, ante la falta de definición por parte de la autoridad sanitaria debía estarse a lo que prescribía la resolución nº 310/2004 que fija la del 70% para los medicamentos neurológicos NO3 “Antiepilépticos”; y c) de contar la afiliada con certificado de discapacidad le concedería el 100% del costo del producto medicinal (ver fs. 53/53vta.). A partir de mayo de 2011 la OSPJN redujo, de hecho, su prestación al 70%. VI. La circunstancia de que la demandada no esté alcanzada por las leyes 23.660 y 23.661 no constituye un privilegio para ella (Sala de Feria, causa nº 3922/03 del 23 de julio de 2003; esta Sala, causa nº 541/05 del 28 de julio de 2005) ni una exención al cumplimiento del PMO (esta Sala, causas nº 7925/02 del 5/5/04; 9997/04 del 04/04/06; 11.682/08 del 9/5/09, entre muchas otras). El sistema de financiamiento establecido a través del Seguro Nacional de Salud - “SNS” en adelante (arts. 21, 22 y 24, inciso 4 de la ley 23.661)- no supone que quienes no están incluidos en él quedan eximidos de la cobertura que para ciertas patologías exigen determinadas leyes específicas de las obras sociales en general. Al respecto cabe inclinarse por una comprensión racional de los preceptos constitucionales operativos que les reconocen a los particulares el derecho a la salud en términos igualitarios y con el mayor grado de amplitud (arts. 16, 42, primer párrafo y 75, inciso 22, de la Constitución nacional; y artículo XI de la Declaración Americana de

Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ellos son la guía en materia de interpretación legal. Por otra parte hay que considerar que si la autoridad de aplicación asiste a las jurisdicciones que no cuenten con recursos para desarrollar programas de atención de pacientes epilépticos (art. 4º del decreto 53/09) no se concibe que la demandada -que es la obra social del poder del Estado encargado de garantizar el respeto de los derechos individuales- quede al margen de toda asistencia. Con apoyo en esta óptica del asunto es que esta Cámara desestimó una defensa análoga ensayada por la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación (conf. causa nº 1553/03 del 7-6-13; en un todo de acuerdo con el precedente de Fallos: 330:228). El modo en que los programas especiales deben ser financiados por una obra social ajena al SNS es un problema de administración que debe encarar la entidad sin afectar los derechos del afiliado. Expresado en otros términos: no hay personas que sufran epilepsia y que vengan a quedar más no menos protegidos según que la obra social a la que pertenezcan esté o no fuera del SNS. Pensar lo contrario daría lugar a discriminaciones injustificadas porque la salud de cada cual quedaría supeditada a circunstancias que escapan al control del afiliado y que no justifican la mengua de las prestaciones (conf. causa nº 1553/03 cit.). Cabe recordar, en este orden de consideraciones, que el principio de igualdad consiste en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (Fallos:286:97 y 300:1084). En ese sentido, el ya citado artículo 4º de la ley 25.404 le reconoce a todo "paciente epiléptico" -sin distinción alguna respecto al origen de su afiliación- el derecho a recibir asistencia médica con el alcance ya indicado. De ahí que condicionar ese derecho a que la obra social pertenezca al sistema instituido por las leyes 23.660 y 23.661, comporta introducir un distingo ajeno a la letra y al espíritu de la norma y, por ende, violar el principio constitucional mentado. La alegación basada en el principio de solidaridad no favorece la posición de la obra social porque no está demostrado el desequilibrio económico que se generaría con el cumplimiento completo de la prestación (conf. dictamen del Procurador Fiscal in re S.C.R. nº 796, L. XLII "Rago, Juan Ignacio c/Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires Sistema de Salud" del 1 de octubre de 2007 (con recurso de queja denegado por la CSJN el 26/03/08) y en la causa S.C.P. nº 679 L.XLVI del 17 de abril de 2012, (con recurso extraordinario denegado por la CSJN el 14/08/12). Completando las ideas hasta aquí expuestas está la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual, la actividad de las obras sociales ha de verse la concreción de los principios de la seguridad social cuya integralidad consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional; y que los conflictos generados en el marco de esa actividad deben ser resueltos teniendo en mira los fines que la animan (Fallos: 306:178; 308:344 y 324:3988). VII. El artículo 4º de la ley 25.404 no establece ningún porcentaje porque, según fue explicado, la cobertura es "integral". Sería contradictorio fijar uno después de proclamar que la obligación a cargo de la obra social tiene ese carácter. La resolución nº 310/04 del Ministerio de Salud (B.O.3/4/04) no puede ser interpretada en sentido contrario al de la ley cuyo

rango es indudablemente superior (art. 31 de la Constitución nacional). No hay nada en la motivación de ese acto administrativo que abone la tesis de la accionada ya que fue dictado con el propósito de actualizar el PMO -resolución M.S. nº 201- adecuándolo a los requerimientos de la ley 25.673 (conf. considerando decimoctavo de la resolución citada). El porcentaje del 70% se refiere a los medicamentos antiepilepticos en general (Anexo I modificadorio del Anexo III, N03), mas no al tratamiento que requieran las personas que padecen ese mal. Sirva de guía la idea de que tales productos pueden ser aplicados a otras patologías como ser el dolor neuropático (conf.http://sescam.jccm.es/web1/profesionales/farmacia/usoRacional/documentos/IX_04_Dolor_Neuropatico.pdf). VIII. La ley 25.404 no condiciona el derecho de la actora a la obtención del certificado de discapacidad ya que la inclusión de las prestaciones dentro del PMO lo es “sin perjuicio” de la aplicación de las leyes 22.431 y 24.901 (art. 6 de la ley cit.); tampoco a la falta de recursos del afiliado ya que el artículo 4 del decreto 53/09 reglamentario de aquél cuerpo legal (B.O.30/1/09) prevé que la autoridad de aplicación asistirá a las jurisdicciones que no tengan capacidad para la atención de pacientes epilépticos, lo que comprende el diagnóstico y la provisión de drogas de primera y segunda elección para dichas personas “sin cobertura médico asistencial y carentes de recursos económicos” (art. cit.). Quiere decir que existen dos universos de beneficiarios de la ley 25.404 bien definidos:los afiliados a las obras sociales -estén o no regidas por las leyes 23.660 y 23.661-; y los que no están afiliados a ninguna de ellas y carecen de los medios para afrontar el tratamiento, que serán atendidos por el Estado con la financiación de los créditos específicos destinados a la seguridad social y con las partidas presupuestarias pertinentes (arts. 4, segundo párrafo y 11 del decreto cit.). Concordemente con ello, no es lícito subordinar la prestación al nivel de ingresos del paciente porque los ámbitos de incumbencia y el alcance de la cobertura están ya delineados. En virtud de los argumentos enunciados la OSPJN obró arbitrariamente al apartarse de su criterio inicial de cubrir el ciento por ciento de la medicación prescripta a la amparista (Sala II, causa nº 5535/09 del 21/4/2010). Ello conduce a la revocación del fallo y a la admisión del amparo, en consecuencia, se condena a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación a otorgar, dentro del plazo de cinco días de notificada la presente, a la Sra. M.C. la cobertura del 100% del medicamento “LAMICTAL”, 200 mg de Laboratorio Glaxosmithkline, por 30 comprimidos, dos cajas por mes, o cualquier otro indicado por sus médicos para el tratamiento de su enfermedad (cfr. fs. 65/65 vta. y certificados médicos citados). Las costas del juicio se distribuyen por su orden en razón de la complejidad del asunto (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal). Oportunamente, se procederá a la regulación de los honorarios de los letrados intervenientes. Regístrese, notifíquese con habilitación de día y hora y, oportunamente, devuélvase. Ricardo Gustavo Recondo. Guillermo Alberto Antelo. Graciela Medina. (Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala/ Juzgado: III Fecha: 19-nov-2013 Cita: MJ-JU-M-84251-AR | MJJ84251 | MJJ84251)

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. FERTILIZAÇÃO ASSISTIDA. *Sentencia del Juez de Cámara Marcelo Ramón Domínguez - Secretaría María Victoria Mosmann Salta, 6 (seis) de octubre de 2014. Y VISTOS: Estos autos caratulados "MAMANI, Belén A. vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - Amparo", Expte. N° CAM 477.546/14 de Sala Tercera y, RESULTANDO. (...) CONSIDERANDO: I) La acción de amparo: su caracterización: la acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, salvo la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza (art. 87); ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el habeas corpus (art. 88) y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes, que protege el habeas data (art. 89 de la Carta Magna local). (...) II) El derecho a la salud -Su resguardo constitucional: la Corte de Justicia de la Provincia, en Giménez Garbarino, José vs. Instituto Provincial de Salud de Salta, (CJS, fallos Año 2006, Tomo 108, f° 273/288, del 28 de agosto de 2006), decidió que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J. Tomo I985-II pág. 452) y que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su reconocimiento y protección surgen de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 25 inc. 2º, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 inc. 3º y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4, 5 y 2, entre otros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi-públicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Por ello "el derecho la preservación de la salud, es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las*

obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga" (CSJN., Fallos, 321:1684 y 323:1339). Y luego la Corte de Salta, en el fallo aludido, cita a Bidart Campos en cuanto a que "...el juicio de previsibilidad que, según la jurisprudencia de la Corte, han de hacer los jueces para evaluar los efectos que cada una de sus sentencias es susceptible de proyectar más allá del caso, nos hace avizorar que los prestadores de servicios de salud tendrán que aprender de hoy en más una lección -de rango constitucional, por cierto-: la que nos dice que en la relación con quienes contratan esos servicios, lo primero es la persona humana, no la empresa de medicina prepaga ni la obra social; y con la persona humana, lo primero es también la vida y la salud, con cuanto una y otra exigen en cada situación de necesidad. Todo porque si bien la propiedad es también un derecho al que la Constitución declara inviolable, más inviolable es la dignidad de la persona, aunque la 'letra' del texto no lo tenga escrito..." (Bidart Campos, Germán, Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales, La Ley, 2002-C, 628). Rescato asimismo este párrafo del precedente Giménez Garbarino: La indemnidad del paciente (art. 1.198 del Código Civil, arts. 4 y 5 Ley de Defensa del Consumidor y art. 42, Constitución de la Nación), que se edifica a partir de la preservación de su integridad psicofísica, no puede ser vulnerada. El tratamiento médico debe ser el adecuado para la particular condición y necesidad del paciente, para posibilitar el mejoramiento de su salud, de su bienestar y calidad de vida. Este criterio fue ratificado por la Corte de Salta en Gutiérrez, Mario vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (CJSalta, año 2007, 30/10/2007, Registro, tomo 120, fº 363/374) en donde -en lo que el caso interese- se dijo en el considerando 6º que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada. (...) He sostenido que el derecho a la salud es impostergable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan con la necesidad concreta del solicitante. Cabe recordar lo expuesto por Luigi Ferrajoli (Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Ed. Trotta; Madrid): la incorporación de los derechos fundamentales, en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. En efecto, la sujeción del juez ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución (cita extraída del trabajo de Celia Weingarten, Los nuevos temas en salud. Obesidad y desafíos jurídicos, Rev. La Ley, Actualidad, del 23/02/2006). (...) Se ha sostenido que el derecho a la salud pertenece al grupo de los derechos de "segunda generación" pues, a la luz de la concepción social del moderno constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social (Walter Carnota: Proyecciones del derecho humano a la salud en E.D.t.128, pág. 880). La Reforma Constitucional de 1994, precisamente, ha recogido esta tendencia. Y en nuestro ámbito

provincial, la Carta Magna salteña establece en el artículo 41: "La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades. A su turno, el artículo siguiente (art. 42) dice que el Estado elabora el Plan de Salud Provincial, estableciendo las prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos, normas que concuerdan con las referentes al derecho a la vida (art. 10), a la intimidad personal y familiar (art. 17), a la libertad personal (art. 19), a la protección de la familia (art. 32), a la tutela de la infancia (art. 33 –"cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación", a la seguridad social, a efecto de resguardar las necesidades esenciales de las personas. Retomando el concepto de derecho a la salud, Carnota (ob. cit. pág. 879) sostiene que el término aludido sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso -in paribus conditio- a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud. El Estado asume entonces distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excepcionalmente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos. III) Las acciones positivas: Y hallándose en juego la subsistencia de un derecho social como es el derecho a la salud, de principal rango en el texto de la Carta Magna, en los tratados internacionales de jerarquía constitucional - artículo 75, inc. 22 de la Constitución- y en el artículo 41 de la Constitución de Salta, podemos afirmar que ante la interposición de la acción judicial prevista por el artículo 87 de esta última, y según la Corte Federal, cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo; C.S.J.N., en L.L., 2002-E, 376 - con nota de Vocos Conesa, Juan Martín, publicado en L.L., 2002-E, 374). Es que el Estado, en la moderna concepción garantista, no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino también realizar prestaciones positivas para evitar que su ejercicio se torne ilusorio, importando la inobservancia de este deber la atribución de su responsabilidad -artículos 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12, inc. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-. Las acciones positivas son el mecanismo constitucional válido para lograr el cometido del constituyente, así como las consecuencias de su falta de implementación. En orden a ese propósito, es necesario distinguir entre igualdad jurídica o formal y la igualdad sustancial o real de oportunidades. Es en este último concepto donde entran en juego las acciones positivas. La Constitución de 1853 consagró la igualdad jurídica o formal (art. 16). En 1957 se incorpora con el 14 bis la igualdad sustancial y la Reforma de 1994 la consagra en los

artículos 37, 43 y 75 – incisos 2, 17, 19 y 23. Apela el autor en cita a ciertas razones que inducen a rechazar diferencias fundadas en situaciones familiares, de herencia, riqueza o poder y dice que la obligación del Estado no es abstenerse sino actuar con medidas concretas para remover los obstáculos fácticos que impiden la igualdad de posibilidades. Requieren una conducta de dar o de hacer por parte del Estado. Y si la acción positiva no es realizada por el Congreso ni por el Ejecutivo, el Poder Judicial debe asumir dicha responsabilidad para garantizar el pleno goce de los derechos humanos fundamentales, los cuales no necesitan de desarrollo previo legislativo. La Corte Suprema de Justicia, en materia de discapacidades y cobertura médica, entendió que es obligación del Estado Nacional garantizar con las acciones positivas dicha cobertura (ver casos Asociación Benghalensis, Campodónico y otros). La Corte Federal ha dicho que: “el Tribunal ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito” (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708). De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (cfr. causas S.730.XL. “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, sentencia del 20 de diciembre de 2005, Fallos: 328:4640; R.638.XL. “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo”, sentencia del 16 de mayo de 2006, Fallos: 329:1638 y F.838. XLI. “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo”, sentencia del 11 de julio de 2006, Fallos: 329:2552) (Considerando 8º de la sentencia dictada el 30/09/2008, causa I., C. F. c. Provincia de Buenos Aires, publicado en: La Ley 20/10/2008, 20/10/ 2008, 11; DJ 24/12/2008, 2439 - DJ 2008-II, 2439; Fallos Corte: 331:2135). IV) El Instituto demandado: regulación de su obrar: El Instituto Provincial de Salud de Salta es una entidad autárquica, con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera, y capacidad como sujeto de derecho, con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas públicas (art. 1º Ley Nº 7.127, publicada en Boletín Oficial del 26/01/2001), siendo su objeto “la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, destinando prioritariamente sus recursos a las prestaciones de atención de la misma”,... “eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia social” (art. 2º). (...) Se trata, entonces, de la obra social de mayor potencial humano y financiero de la Provincia (con el consiguiente manejo de ingentes recursos) que, por mandato legal, debe otorgar prestaciones sanitarias y sociales integrales, integradas y equitativas, en procura de la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Siendo así, cualquier dilación que pretendiera introducir al cumplimiento efectivo de los derechos que asisten a la demandante, atentaría contra los propios bienes jurídicos resguardados, tanto por la Constitución Nacional como por la Carta Magna Provincial. (...) V) La jurisdicción supranacional: Su incidencia

en el caso: *Ello sentado, mereferiré a continuación de manera puntual al caso que nos ocupa, reparando que in re "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió condenar al estado demandado en tanto prohibía la utilización de las técnicas F.I.V. (fecundación in vitro) en el territorio del país. Para ello realizó una interpretación del artículo 4.1 del Tratado dejando en claro el momento a partir del cual dicho Tribunal entiende se produce el comienzo de la vida. El texto de dicha norma dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" y había generado diversas interpretaciones sobre el alcance a dar a la frase resaltada. Al respecto se concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Para ser más explícitos al respecto por la incidencia que la cuestión tiene, dados los diferentes ámbitos donde irradia sus efectos, la Corte observó que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica. El Tribunal hizo notar que la prueba en el expediente evidenciaba como la fecundación in vitro transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto la fecundación in vitro refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. La Corte observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno facilita la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en El sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida*

consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten. No obstante lo anterior, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. En este sentido, la Corte entendió que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonadotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana, como ya anticipáramos. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no viabiliza precisar el alcance de dichas excepciones. Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión. Se recuerda en el Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana que las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infériles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de

espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo". Por su parte, la fecundación in vitro es "un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio. Una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer". Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante la fecundación in vitro son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno. El primer nacimiento de un bebé producto de la fecundación in vitro ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida, "cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta tecnología". Asimismo, "anualmente, se realizan millones de procedimientos de Técnicas de Reproducción Asistida. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009" en el mundo. En Latinoamérica "se estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido" de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida. Además, la Corte Interamericana señaló que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Respecto a los derechos reproductivos, se indicó por la Corte Interamericana -y vuelvo al fallo- que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Finalmente, el derecho a la vida privada

y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas. La Corte consideró que el caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas, consideraciones con las que estoy en un todo de acuerdo. En comentario al fallo de la Corte Interamericana, titulado “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Eleonora Herrera publicado en La Ley 28/12/2012, recuerdan que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ha sido el centro de un acalorado debate desarrollado a lo largo del año 2012. Ese intercambio de ideas, en hora buena, ha movilizado muy positivamente a la doctrina nacional. Uno de los temas más polémicos fue el relativo a la naturaleza jurídica del embrión no implantado y, consecuentemente, la regulación de la filiación que tiene por origen la reproducción humana asistida. Casi al finalizar el año, un hito altamente significativo se ha producido. Ha hablado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No se trata de una voz más en esta disputa, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. ¿Qué ha dicho respecto al embrión no implantado este calificado tribunal en la decisión, tan esperada, fechada el 28/11/2012, recaída en el caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”? Dijo exactamente lo mismo que el art. 19 del Proyecto: la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana. Las autoras en cita, bajo título: Discriminación indirecta en relación con el género, reparan que la Corte Interamericana considera que los estereotipos influyen en esta situación. Si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de la mujer. Aunque la prohibición de la Fecundación in vitro no está expresamente dirigida a la mujer y, por lo tanto, parece neutral, tiene un impacto negativo sobre ella. El Tribunal no valida dichos estereotipos; sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Asimismo, considero de relevancia destacar lo señalado por las autoras sobre lo que intitulan Discriminación indirecta en relación con la situación económica, al sostener que la prohibición de la Fecundación in vitro tiene un impacto desproporcionado en las parejas infériles que no cuentan con los recursos económicos para practicarla que es precisamente el caso a decidir. Y al establecer las Conclusiones de la decisión y medidas ordenadas por la Corte Interamericana, afirman que la posición de la máxima

instancia judicial de la región es precisa: adopta una postura amplia, flexible y plural para que más niños puedan nacer gracias al desarrollo de la ciencia médica. Por eso, declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y dispone varias medidas. En primer lugar, ordena levantar la prohibición, para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos vulnerados en el caso. En segundo lugar, impone al Estado demandado el deber de regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la Fecundación in vitro, teniendo en cuenta los principios establecidos en su decisión. La Corte de Justicia de Salta en fallo de fecha 26 de agosto de 2013 sostuvo -en el voto de la mayoría- que “en efecto, la Ley 26.862 esencialmente legisla sobre los beneficiarios y la cobertura de las prestaciones de fertilización médica asistida. Amplía los derechos respecto de los beneficiarios ya que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médica asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda instrumentar una discriminación o exclusión debida a la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales (habilitados) de los tres subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga). Asimismo, quedan comprendidas las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de baja, mediana y alta complejidad. El legislador estatuye a su vez que “Las disposiciones de la presente ley son de orden público” (art. 10). Además, resulta aplicable en todo el territorio nacional. Luego, el segundo párrafo del art. 10 “invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes”. El art. 11 establece el mandato al PEN de reglamentar la ley de procreación médica asistida “dentro de los noventa -90- días de su publicación”. Al respecto, no debe olvidarse que si “el objeto de la reglamentación es regular en detalle ciertas leyes para facilitar su ejecución, su falta no puede, en manera alguna, suspender la vigencia de la ley en los términos del art. 2º del Cód. Civil” (cfr., SC Buenos Aires, mayo 5-964, “Empresa Gral. San Martín c. Baixet, Enrique”, L. 4358; ED, 14-286). _____ 3º) Que en cuanto a su objetivo, la ley establece su voluntad de “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médica-asistenciales de reproducción médica asistida” (art. 1º), comprendiendo los procedimientos y técnicas de reproducción médica asistida de baja, mediana y alta complejidad (ver arts. 1º, 2º y 8º). El Estado da garantía a quienes quieran acceder a los métodos de fertilización asistida, que no habrá obstáculos de índole económico impedientes de su realización y así, establece la obligatoriedad a los subsectores público, de la seguridad social y privado de la salud, de prestar la asistencia médica integral de la fertilización humana asistida (ver art. 8º). En cuanto al concepto “reproducción médica asistida”, son “los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo” (art. 2º, párr. 1º de la Ley 26862). Para alcanzar la fecundación, entonces, a) se deben instrumentar procedimientos y técnicas de procreación reconocidos por la ciencia médica; b) se debe

contar con la asistencia o ayuda médica; y c) el fin debe ser plasmar el estado de embarazo en la mujer. La Reproducción Médicamente Asistida (RMA), según la Organización Mundial de Salud (OMS) es la “reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante”. En la RMA “quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (art. 2º, párr. 2º de la Ley 26.862). Los procedimientos y las técnicas de reproducción médicaamente asistida permitidos por el legislador son los validados por la ciencia médica en la actualidad (ver art. 8º); ello sin embargo, la norma faculta al Ministerio de Salud de la Nación a incluir “nuevos procedimientos y técnicas” cuando sean el fruto de los “avances técnico-científicos” (cfr. art. 2º, párr. 2º de la ley cit.). La Ley 26.862 titulariza el derecho humano “a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicaamente asistida” en “toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer” (art. 7º). Con respecto a la cobertura de los procedimientos y técnicas de fertilización asistida, la ley luego de universalizar el acceso a los procedimientos y las técnicas de procreación médicaamente asistida a todas las personas, establece que están obligados a brindar la cobertura de los procedimientos y técnicas de procreación médicaamente asistida: “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean...” (art. 8º). Así, la norma engloba a los hospitales públicos, las entidades de la seguridad social reguladas por las Leyes 23.660 de obras sociales y 23.661 del seguro de salud y las entidades de la medicina prepaga encuadradas bajo el marco jurídico de la Ley 26.682. Igualmente a otras entidades de la seguridad social reguladas por instrumentos jurídicos autónomos. La ley extiende la obligatoriedad de la cobertura de las TRHA a toda otra entidad que brinde servicios médico-asistenciales, sin importar la personalidad jurídica que revistan. Por lo tanto, la ley involucra también a las mutuales, las cooperativas y las fundaciones que brinden servicios médicos a sus afiliados. 4º) Que en relación a las prácticas que se incorporan al PMO, todas las prestaciones médicas que obligatoriamente deben brindar las obras sociales y las empresas de medicina prepaga están contenidas en ese Programa Médico Obligatorio (PMO) —Res. nº 1991/2006 MS— que opera en el seguro de salud de la Ley 23661 (Adla, XLIX-A, 57). Unas y otras entidades deben brindar a sus afiliados—beneficiarios (las obras sociales) y a sus asociados—beneficiarios (las entidades médicas prepagadas), las prestaciones de procreación médicaamente asistida detalladas en la segunda

parte del art. 8º de la Ley 26862. La norma estatuye que quedan incorporadas al PMO: a) “La cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicaamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencañenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación”; b) “Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios”. El legislador prescribe que “También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho -18- años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometida su capacidad de procrear en el futuro”. Asimismo, se dispuso que “Los procedimientos y técnicas de reproducción médicaamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación” (art. 5º de la Ley 26.862). La norma regula sobre la autoridad del Estado encargada de hacer observar la ley; y determina las funciones que debe cumplimentar a los fines de concretar su objeto. El art. 3º, bajo el título “Autoridad de aplicación”, determina que “Será la autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación”. El Ministerio de Salud de la Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación y para llevar a cabo el objeto de la ley, deberá: a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente; b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas; c) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones; d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicaamente asistida; e) Inscripción en un Registro especial. En la norma se dispone la creación, “en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, de un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicaamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones” (art. 4º de la Ley 26.862). La creación de este tipo de registro sirve a la autoridad de aplicación a los fines de controlar el universo de instituciones habilitadas para llevar a cabo las

prestaciones objeto de la ley. La autoridad de aplicación establece los requisitos edilicios, de capacidad instalada, los recursos humanos, etc., que deben acreditar los establecimientos sanitarios que quieran prestar las TRHA; la autoridad de Aplicación otorga la habilitación correspondiente, inscribe a la institución médica en el Registro especial del art. 4º de la Ley 26862 para que pueda comenzar a brindar las TRHA” (causa Flores fallada por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, Tomo 179: 371/396). El Decreto Reglamentario de la Ley Nacional de Reproducción Médicamente Asistida, en su artículo 1º, dispone que “se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in Vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos”, y luego a partir del tercer párrafo del artículo 8º establece que “en los términos que marca la ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicaamente asistida de baja complejidad y hasta tres tratamientos de reproducción médicaamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno. Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad, a efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimos tres intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad”. En este contexto normativo, jurisprudencial y doctrinario es en el que se inserta el presente caso en el que la accionante Belén Mamaní, en razón de una falla ovárica prematura, no menstrúa desde los 18 años y en consecuencia no tiene óvulos en sus ovarios, habiendo declarado su médico tratante que no ovula desde hace cinco años (v. pregunta cuarta fs. 170 vta.). La posición de la accionada de negarse a cubrir el uso de óvulos frescos y no congelados aparece en el caso irrazonable, ya que esta segunda opción resulta además de más efectiva, menos costosa según atestiguara el Dr. Juan José Aguilera a fs. 170. Surge también del mismo testimonio, que el gasto que implica la estimulación ovárica –el cual se niega a afrontar la accionada- resulta necesario en tanto sin estimulación a la donante no se logra la obtención de óvulos. La falta de justificación de la negativa asumida por la obra social demandada se evidencia del testimonio de los médicos auditores de la misma que dicen no autorizar el reconocimiento de lo relacionado a la ovodonación porque se considera que los gametos ya están en el Banco, afirmación ésta de la cual se sigue que no existe una motivación fundada en la innecesidad o en la impertinencia del tratamiento y modalidad solicitada, sino en la dogmática respuesta fundada en el seguimiento de un procedimiento que en el caso no resulta posible por carecer SARESA –entidad incluida en el listado de datos de establecimientos de salud del Registro Federal de Establecimientos de Salud v. pregunta 11ª fs. 187- de óvulos congelados. La decisión adoptada entonces no se condice con la norma que rige el caso en tanto tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médica asistenciales que fueron

necesarios para obtener un embarazo (cf. Art. 1 de la ley 26.862 y 2 de la doto. Reglamentario). Por lo demás, se han cumplimentado en la litis una serie de diligencias de prueba, cuyas conclusiones coadyuvan el pedido formulado por la actora. En efecto, es relevante destacar quedó probado que María Belén Mamaní mantiene una relación estable desde hace varios años con el señor Sebastián Morales, conviviendo en el domicilio de Barrio Santa Lucía, calle 12 - Medidor 89 (ver acta de fs. 190). Éste, a su turno, ha afirmado que el problema de infertilidad de su pareja es de los dos... Cuando estaban de novios ya sabía que ella no podría tener un hijo. Manifiesta que no le costó asumir la situación de tener un hijo con un óvulo donado y que la apoya totalmente en este proyecto. Cuenta que la convivencia con Belén es buena, que son muy compañeros y que se llevan bien. Afirma que desea ser padre. Sostiene que le gustan los niños, entre otras consideraciones relevantes de su declaración que me permiten afirmar sin hesitación que la demanda de amparo es un proyecto de vida, más que una acción judicial, en procura de integrar una pareja estable, con un hijo que consolide esos sentimientos a futuro. A fs. 233/234 obra agregada pericia psicológica de la Sra. Belén Mamaní de la cual surge que en la entrevistada se observa angustia durante su relato respecto de su imposibilidad de ser madre, manifestando el deseo de lograr tal fin y la esperanza de conseguirlo con una postura positiva al respecto, quedando evidenciado también que posee humildad y capacidad de renuncia para adoptar un óvulo, circunstancia que le permitirá engendrar un hijo que llevará la carga genética de su pareja y vivir la experiencia de ser madre desde el primer día de gestación y finalmente se destaca de dicho informe que en su personalidad de base no se observan indicadores psicopatológicos. A fs. 235 consta similar pericia respecto del Sr. Sebastián Morales quien pone de manifiesto la infertilidad como una dificultad de la pareja y no sólo de su mujer así como su acuerdo en arbitrar los medios necesarios para lograr la paternidad. No puedo pasar por alto las necesarias secuelas sicológicas que la dilación del trámite van a seguir generando en la accionante, toda vez que es una verdad asumida que la mayoría de las personas dan por garantizada su fertilidad, de lo cual surge que es de toda lógica imaginar que el comprobar la presencia de algún tipo de problema genético que impida concebir o tener un hijo, venga acompañado de un impacto emocional muy fuerte, lo cual ha quedado probado en la causa a la luz de los informes profesionales rendidos. Y si, por añadidura, los padres deciden buscar ayuda y someterse a algún procedimiento o tratamiento de reproducción asistida, puede entenderse que inician un proceso que demanda una gran capacidad de adaptación. El sometimiento a toda una gama de pruebas médicas, la toma de medicinas, la realización de análisis frecuentes y hasta las alteraciones en la frecuencia y hábitos sexuales, los períodos de espera de resultados o la relación con los distintos profesionales, son sólo algunas de las situaciones que deben enfrentar las parejas infériles y que, por lo general, conllevan consecuencias psico-emocionales importantes, cuya morigeración es un mandato a cumplir. Si la medicina y la legislación han avanzado permitiendo dar respuesta a tal problemática, detenerse en ápices formales no parece ser la respuesta que la obra social deba brindar en tal caso, ni mucho menos la jurisdicción adherir a

tales posturas, puesto de lo que se trata, como se anticipara, es la de permitir a una pareja tener un hijo. Ni más ni menos. Los derechos reclamados tienen por destinatarios a la pareja conformada por Belén y Sebastián, respecto de los cuales se ha probado suficientemente su anhelo de arribar a la paternidad a través del procedimiento de fertilización in vitro con ovodonación, por lo cual entiendo entonces que la acción de amparo debe prosperar y que se debe ordenar la cobertura pretendida por parte del Instituto Provincial de Salud de Salta. Por ello, FALLO. I) HACIENDO LUGAR a la demanda deducida a fs. 37/54 por la Sra. Belén Mamaní. En su mérito, CONDENANDO al Instituto Provincial de Salud de Salta a brindar la inmediata cobertura integral al 100% del costo del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación en el número de tres intentos o hasta lograr el embarazo si esto sucediera antes, en los términos de la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13, previo aporte de los presupuestos de dichas prácticas para su aprobación por el Proveyente. CON COSTAS. II) REGULANDO los honorarios profesionales de la Dra. Natalia Giacosa en la suma de pesos cinco mil (\$ 5.000). III) CÓPIESE, regístrese y notifíquese. (CApel.CC. Salta, Sala Tercera, año 2014, f. 444/458)

ÉTICA SANITÁRIA. FERTILIZAÇÃO ASSISTIDA. CONSENTIMENTO INFORMADO. PROTEÇÃO DO EMBRIÃO. Fallo Bioética: Ley 26.862 Fertilización Asistida. Ovodonación. Consentimiento Informado. Derecho Identidad. Protección Embrión. VISTOS: RESULTA: (...) CONSIDERANDO: I- Que la presente acción de amparo fue interpuesta los Sres. MARIO ALEJANDRO CARRERA y LAURA ELIZABETH DIAZ, y con el objeto de obtener de la obra social OSPELSYM, la cobertura integral del 100% de la prestación fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI, con ovodonación, mientras su estado de salud lo requiera y lo prescriba el profesional médico que los asiste, sin límites de extensión de cobertura y hasta lograr el embarazo, incluyendo medicación y gastos que ello demande. (...) En el presente caso, no se encuentra controvertido que los actores son afiliados a la Obra social para el personal de empresas de limpieza, servicios y maestranza (OSPELSYM), si bien ello se encuentra acreditado también en autos por la instrumental de fs.4/5. Tampoco cuestiona la demandada la necesidad de recurrir a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (THRA), bajo la modalidad de Fertilización in vitro (FIV), por técnica ICSI con ovodonación. Es más, la Obra social, en este punto, no indica negativa específica alguna sobre la afirmación de la patología reproductora de los amparistas; no obstante, en la causa existe probanza que acredita la misma. (...) En cambio el fundamento de la pretensión opositora al reclamo de la actora por parte de la obra social demandada, se estructura sobre los siguientes argumentos: 1) Falta de constancia de la negativa a la cobertura solicitada. 2) La naturaleza de obra social de su parte, que requiere un tratamiento diferenciado a las empresas de medicina prepaga. 3) La especial naturaleza de la prestación peticionada, ya que incluiría una técnica de fecundación heteróloga, que implica aspectos éticos legales a resolver y que sintetiza en: a) el principio de

la vida, tomada en el Código Civil desde la concepción, con la consecuente obligación de reconocimiento de humanidad y calidad de persona a los embriones b) el derecho a la identidad del menor, como interés jurídico superior del niño que prevalece sobre los intereses jurídicos de los demás. II- Desde ya adelanto, que conforme las constancias acreditadas en la causa, entiendo que se verifican los requisitos para la admisibilidad de la acción de amparo, para las prestaciones solicitadas por los actores ya que: i) existe una negativa a prestar un tratamiento en materia de salud reproductiva; ii) hay una lesión actual, que consiste en el derecho al acceso a dichas prestaciones y medicamentos; iii) existe ilegalidad y arbitrariedad manifiesta); e iv) inexistencia de otro medio judicial más idóneo (cfme., CSJN Fallos 320:1339). En el caso, la lesión denunciada afecta el derecho a la procreación asistida, como variante de afectación de la salud reproductiva de los amparistas, y cuyo reconocimiento normativo se encuentra incorporado a nuestra Constitución. En efecto; se encuentra holgadamente superado de que la salud es la ausencia de enfermedad, mientras que la infertilidad es caracterizada como el funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a las personas de la legítima expectativa de procrear. Ello así, es claro que se trata de una enfermedad psicofísica, que puede ser atendida con modernas técnicas médicas capaces de revertirla. Por tanto, que negar ese derecho importa una discriminación, y no otorgar la cobertura del tratamiento es discriminatorio (del voto del doctor Guarinoni, en las causas 9288/08 del 28/02/2011; 1461/12 del 03/10/2012 y 3613/11 del 09/10/2012, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y Comercial Federal, sala II, LML C/ OSDE s/amparo, 14/05/2013, cita online AR/JUR/27232/2013 en www.laleyonline.com.ar). Además, en nuestro país la Ley de Discapacidad 22.431, (con sus actualizaciones de leyes 25.635, 25.634, 25.504, 24.901, 24.314, 24.308, 23.876, 23.021), dispone en su art. 2º, que “se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. Y que las obligaciones de las autoridades públicas y de las obras sociales de generar acciones positivas a favor del derecho a la salud y a la plenitud de la vida, han sido expresadas reiteradamente por la Corte Sup., en particular en aquellos casos en los que se encontraban en juego los derechos de personas discapacitadas o con capacidades diferentes (vgr. CSJN Fallos 306:400; 312:1953; 327:2413; 329:553; 329:1638; 331:2135; entre otros). Debo recalcar además en que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha incluido esta patología- y sus distintas variantes-dentro del Nomenclador Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la salud”, que periódicamente es actualizado con el propósito de unificar los conceptos médicos en la escala universal (“International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems”, 10th pps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online) En consecuencia, el derecho subjetivo a la procreación asistida como derivación del derecho a la salud no puede ser arbitrariamente limitado, pues el hecho de admitir la existencia de un derecho subjetivo importa aceptar su exigibilidad. Siendo así, este derecho subjetivo a su vez, involucra a varios otros, a saber: a) el derecho a constituir una familia,

el cual ante la negativa de la cobertura de la fecundación artificial, que permite procrear a la pareja estéril, se convierte en una decisión que atenta contra el derecho a la vida familiar; b) el derecho a no ser discriminado, tanto sea por motivos económicos, de raza, color, sexo, idioma, religión, o cualquier otra condición social; c) el derecho a la salud, en tanto los derechos anteriormente enunciados deben ser complementados por éste y muy especialmente por el de la salud reproductiva; y d) el derecho a beneficiarse del progreso científico, que resulta relevante a la hora de considerar los métodos de fertilización asistida, pues tales técnicas involucran los progresos científicos que permiten superar problemas físicos que impiden el logro del embarazo y brindan la posibilidad de tener hijos. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y Comercial Federal, sala II, LML C/OSDE s/amparo, 14/05/2013, ob.cit. que transcribe el voto de la Dra. Graciela Medina en la causa 381/09 del 18/03/2010). En nuestra provincia es cierto que el único precedente del Superior Tribunal negó este tipo de cobertura in re nº 89.891, caratulada: "RODRÍGUEZ MARCOS MIRTA Y OT. EN Jº 180.399/30.242 RODRÍGUEZ MARCO MIRTA Y OTS. C/ OSEP P/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INC. CAS.", 28/8/2007, en www.jus.mendoza.gov.ar) Sin embargo, y en consideración a que los pronunciamientos de la SCJM no son obligatorios, salvo Plenario (art. 149 del CPC), el Foro se ha pronunciado en forma unánime en el reconocimiento de amparo constitucional de este derecho. (...) Ello así, estimo que ninguna de las razones que esgrime la obra social constituyen un útil basamento para la exclusión de su obligación a brindar a los amparistas la cobertura solicitada, y que serán tratados en el orden propuesto por la misma. 1) Ausencia de negativa de la obra social a la cobertura solicitada por los amparistas. Conforme al análisis de las constancias de la causa, estimo que contrariamente a lo que postula la demandada, en autos la negativa de su parte a brindar la cobertura solicitada por los amparistas, se encuentra acreditada. Para arribar a tal afirmación, traigo a colación que ante la carta documento que remitieran oportunamente los actores a fin deemplazar a la obra social al otorgamiento de la cobertura de fertilización requerida (fs.7), OSPELSYM respondió que era de conocimiento de los actores que no habían presentado pedido médico ni estudio para expedirse; luego, expresaron que "igualmente anticipamos que la ovodonación no se encuentra prevista ni regulada legalmente en Argentina, con lo cual a la fecha existen los siguientes interrogantes: ¿De quién es el hijo engendrado, de la madre biológica o de la madre gestacional, o de ambas? ¿El nacido y su madre biológica tienen derecho a reconocer su respectiva identidad? Y si fallecen los padres gestacionales?..." A continuación, expresaron que las prestaciones no se encuentran incluidas en el PMO, y se pide que se abstenga la actora de realizar reclamos infundados. (fs.8) Luego, la testigo de fs. 156, Sra. Teresa Cosattini, empleada de la obra social demandada, declaró que la actora se presentó a la obra social y solicitó fertilización asistida con ovodonación (tercera sustitución); luego, que se le respondió que el tratamiento no tiene cobertura en el PMO que la obra social tiene aprobado por la Superintendencia de salud de la Nación para el año 2013, que reputa vigente (primera repregunta). Este testimonio no fue tachado. Por lo expresado, se ha comprobado que la negativa de la obra social se

ha configurado en autos, ya que tanto de la carta documento de fs. 8 como de la atención dispensada por personal de la Obra social, ésta manifestó una actitud reticente a la prestación del servicio pedido. Dicha posición fue mantenida posteriormente en la contestación de demanda (fs.55/78); ello así, debo interpretar que si su postura no fuera la de negar la cobertura, bastaba con indicar la adopción de medidas positivas en el sentido propuesto, cuestión que no hizo. En consecuencia, mal puede en este estadio estimar que no hubo respuesta negativa, si toda la conducta opositora desarrollada por la demandada denota dicha postura. Agrego a lo expuesto, que comparto la posición jurisprudencial que sostiene que en materia de derecho a la salud, las exigencias formales deben ser flexibilizadas, dado que no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas —entre las que se incluye el juicio de amparo—, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional...” (cfr. CSJN, sentencia del 30/10/07, “María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, en La Ley del 15/11/07). En el caso exigir un pronunciamiento negativo escrito de la obra social demandada a los amparistas, que contenga una expresión literal del mismo, constituye a mi entender, un exceso de rigor formal, a tenor de la conducta desarrollada por la demandada y las constancias de la causa, en especial consideración a la naturaleza del derecho objeto de la presente acción. Nótese además que en el caso, es de aplicación la ley 24.240 y normativa concordante; puesto que el servicio brindado por las obras configura una auténtica relación de consumo, entre los afiliados a la obra social y ésta última. Los amparistas, en su calidad de afiliados a la obra social demandada, deben ser comprendidos en el concepto de “consumidor” del art. 1 de la ley referida, ya que son personas físicas que ha contratado un servicio en forma onerosa como destinatario final y de su grupo familiar; en el otro extremo las obras sociales demandadas cumplen las características de “proveedor” en los términos del Art. 2 de la ley; encontrándose dentro de una relación de consumo: “vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario” (Art. 42 de la Constitución Nacional y art. 3º de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor). (Cuarto Cámara Civil in re 50.275/118.069 “TORRES, CLAUDIA CECILIA C/O.S.C.A Y O.S.E.C.A.C. P/ ACCIÓN DE AMPARO”, 16/5/2014 en www.jus.mendoza.gov.ar) Como se dijo en este fallo, que comparto plenamente, en la relación de consumo los usuarios y consumidores tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno, ya que la aplicación de la ley 24.240 es de orden público (Art. 65). Y es que todo contrato de salud debe incorporar el estatuto del consumidor, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que es “un fenómeno sublegislativo”, porque allí se acuerdan exigencias sociales. Debe reunir, en consecuencia, liberalidad y solidaridad. (VALLEJO GRACIELA, A favor de la vida, el derecho a nacer y contra la discriminación, publicado en DFyP 2010 (abril) 220, cita online AR/DOC/951/2010;

en el mismo sentido, Juzgado en lo Correccional nro. 4 de Mar del Plata, in re B.D.J. y otro 30/12/2010, ob.cit.) En el caso, la falta de una respuesta concreta opuesta como defensa es incluso el reconocimiento de una violación flagrante del deber de trato digno y equitativo que todo consumidor tiene derecho (art. 42 CN), por lo que mal puede la obra social utilizar dicho incumplimiento como elemento de improponibilidad de la presente acción de amparo. Por lo expuesto, este primer argumento defensivo de la Obra Social, debe ser desechado. 2) Su carácter de obra social y no de empresa de medicina prepaga, diferenciada por la ausencia de un ánimo de lucro. Este es otro de los fundamentos que la demandada pretende utilizar para sopesar la cobertura asistencial pedida. Es cierto que en oportunidad de prestar absolución de posiciones, el Sr. Mario Alejandro Carrera (fs.111) indicó que consultaron profesionales que no son prestadores de la obra social; no obstante, tampoco la empresa indicó extrajudicialmente o en el ámbito de este proceso, cuáles serían los prestadores que tienen a disposición de sus afiliados; tampoco, el método o procedimiento a seguir para la presentación de la petición. Luego, observo que del Programa Médico Asistencial OSPELSYM (fs. 251/239), no hay ninguna previsión sobre la situación de infertilidad o esterilidad de los asociados; nótese que en cambio sí está prevista la cobertura para el embarazo desde el momento del diagnóstico hasta 30 días de producido el parto y para el recién nacido (fs.418 y a fs 471-478). Insisto en que nada aporta sobre el estadio previo, es decir, el proceso anterior a la concepción. Posteriormente, al referirse al programa de "Sexualidad sana y Responsable", indica el texto que la población del mismo está constituida por los beneficiarios que padecen o no patología en los aparatos reproduc-tores (fs.422); aunque la enunciación queda limitada a dicha expresión. En oportunidad de declarar, el médico auditor de la obra social demandada, Dr. Ricardo Alberto Cardozo, respondió positivamente a la pregunta de que la obra social se encuentra obligada a realizar coberturas por fertilización asistida, desde la aparición del decreto reglamentario (primera y segunda sustitución-fs.157) Por otra parte, el perito médico Dr. Guillermo Occhipinti dictaminó a fs. 503, que el PMO son las prestaciones médicas obligatorias que deben brindar y cubrir las obras sociales y empresas de medicina prepaga. Agrega que la Organización Mundial de la Salud sólo refiere a la fecundación homóloga y no a la heteróloga. La pericia es impugnada por la actora al estimar que el experticio no ha tomado en consideración en su dictamen lo dispuesto por el art. 8 de la ley 26.862, por lo cual, rectificó su dictamen a fs. 511, en la respuesta nro. 7, y afirmó que sí se encuentra en el PMO. A fs 517, la demandada observa la pericia en los siguientes términos: "...el perito médico interviniente en sus aclaraciones posteriores y en base a la ley 26.862 y su reglamentación indica que las prestaciones requeridas se encuentran incluidas en el PMO, ello si bien resulta cierto, deberá aclarar bajo qué condiciones corresponde dar la prestación y si los institutos sanitarios y/o profesionales que presten dichos servicios deben cumplir con algunos requisitos establecidos por el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud. (sic) (el destacado es de la presente resolución) Pide que se aclare también respeto de los gametos o embriones donados, si deben cumplirse determinados requisitos

técnicos y médicos legales, indicando si se crea un organismo especial de dónde deban provenir los mismos. Al contestar las observaciones, el perito transcribe el Decreto Reglamentario de la ley 26.862(fs.520). Considero que entender que la obligación de la obra social se encuentra circunscripta a lo que literalmente incluya el PMO, es entrar en colisión con el sistema asegurativo del derecho a la salud que nuestra Constitución introdujo al ordenamiento jurídico argentino, a través de los Tratados Internacionales de Derechos humanos (art. 75 inc.22 CN) y la reciente ley 26.862 de fecha 25 de Junio del 2013 y su Decreto reglamentario nro. 956/2013 de fecha 19/7/2013) Y es esta última ley, por revestir el carácter de orden público (art.10), la que debe orientar en la búsqueda de la solución al caso, ajustada las circunstancias existentes al momento del dictado de la presente resolución (Cuarto Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, in re N° 50.185/87.689 caratulados “PELEGRINA, MARIA CELMIRA Y OTS. C/OSDE P/ACCION DE AMPARO”, 29/8/2013 en www.jus.mendoza.gov.ar) Sostengo, demás, que indudablemente tiene dicha ley una proyección nacional (KRASNOW ADRIANA, Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ley 26.862 y el Proyecto del Código, en LA LEY 3/10/2013, cita online AR/DOC/3322/2013). Surge entonces de esta última normativa el derecho a obtener asistencia médica en materia reproductiva por parte de la obra social, en cuanto dispone en su Artículo 8º — Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepagas y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médica asistida...” (el destacado es de la presente resolución) Luego, el art. 8º del Decreto Reglamentario nro. 956/13 de fecha 19/7/2013, expresa que “Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médica asistida reguladas en el artículo 8º de la Ley N° 26.862.” Sin perjuicio de lo expuesto debe recordarse, además, que las obras sociales son entes de la seguridad social, a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones, prioritariamente médico-asistenciales, para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud. Estas entidades se constituyen como organizaciones descentralizadas y autónomas, destinadas a procurar, por sí o a través de terceros, la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados y beneficiarios –ley 23.660, 23.661 (CSJN Fallos 331:1262) Así las cosas, el PMO constituye un estándar mínimo de protección –piso prestacional–, pero no debe considerarse una enumeración taxativa (CNACCF, Sala III, causa 2216/04 del 15.11.05; causa 9440/08 “Reyna” del 2.3.10 WN www.pjn.gov.ar) (el destacado es de la presente resolución) Y es que las

necesidades de la población en materia de salud se incrementan en forma continua mientras que la reglamentación estatal no necesariamente contiene los consensos comunitarios actuales tendientes a satisfacerlas, debido entre otras circunstancias a los continuos avances científicos y tecnológicos en la ciencia médica (CNACCF, Sala III, voto mayoritario en la causa nº 11682/08 del 19.5.09; causa 9440/08 "Reyna" del 2.3.10; Sala I, causa nº 621/08 del 30.10.08). En cuanto a la inexistencia de ánimo de lucro, y las posibilidades económicas de afrontar las coberturas peticionadas, destaco que a partir de la reforma constitucional de 1994, se ha acentuado una transformación institucional que ha abierto las puertas a numerosos amparos judiciales, tendencia "aperturista" o "activista", frente a conductas arbitrarias de las obras sociales, sobre todo cuando no se acredita que lo pretendido desequilibra peligrosamente el presupuesto de la seguridad social (SCJM in re BATTEZZATI LS 291-123) Y es que si bien en principio los elevados costos del tratamiento pueden llegar a comprometer financieramente a la obra social y que en estas circunstancias podría justificarse la omisión de brindar el mismo, pero ello debe acreditarse fehacientemente, que el excesivo valor de la prestación requerida, redundará en la afectación ilegítima del derecho (del voto de la Dra. Graciela Medina, al fundar su disidencia parcial, en expte. "V. M. C. y otros c/ OSDE s/ Amparo", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala III en fallo del 18/03/2010, "Tratamiento de Fertilización asistida. Visión Jurisprudencial", en Revista de Familia y de las Personas, Año 2, Número 4, Mayo de 2010, pág. 185.) En concreto, no se ha probado que si la demandada afrontara el gasto correspondiente a las prestaciones pretendidas, se produciría con ello un grave entorpecimiento en los servicios a prestar al resto de los afiliados, ya que en autos no hay demostraciones contables, estadísticas, balances o cualquier otro elemento probatorio de la posibilidad certa de un desequilibrio económico del ente asistencial. En conclusión, la falta de previsión de la atención de un derecho humano básico fundamental, ligado a la salud reproductiva de los amparistas, no puede pesar sobre éstos sino sobre las obras sociales, que no obstante la laboriosa incursión de la jurisprudencia en su reconocimiento efectivo, y la reciente ley nro. 26.862 y su Dec.956 reglamentario, a esta altura de los acontecimientos, siguen negándose a aceptar que sus servicios deben incluir dichas prestaciones, y adoptar las medidas necesarias para su prestación efectiva. Como se sostuvo en nuestro Foro, las obras sociales deben "...realizar las previsiones presupuestarias necesarias a los fines de asistir a sus afiliados con este tipo de coberturas, tal como lo indica el decreto reglamentario y no escudarse bajo el ropaje de la eficiencia, de la cantidad de afiliados con los que cuenta, en el respeto por la ecuación económico financiera, cuando lo que se encuentra en juego es el derecho humano a la salud, el derecho humano a la procreación, el derecho humano a no ser discriminado y el derecho humano a servirse de los progresos científicos." (Tercera Cámara Civil, del voto del in re N° 250.032/50.371 caratulados "MAYORGA VICTOR LEONARDO C/ OSEP POR ACCIÓN DE AMPARO" 16/12/2013, en www.jus.mendoza.gov.ar y Revista del Foro de Cuyo nro. 134-45) Nótese que es alarmante que la obra social enfatiza en que este tipo de coberturas pueden dejar sin prestación a quienes "están enfermos" o "deben

continuar con vida” (fs.76 vta), como si ello podría justificar legítimamente el desplazamiento al derecho humano de salud reproductiva, salud psicológica por desarrollo integral de la persona y/o al de formación o planificación de una familia, que también requieren amparo constitucional. En conclusión, esta segunda invocación de la obra social no me convence de sustraerla válidamente a la cobertura necesitada por los actores. 3) La especial naturaleza de la técnica de fertilización solicitada. En este otro argumento de la oposición a la cobertura por parte de la obra social, se trae a colación los aspectos médicos y ético legales que involucra la técnica de FIV con técnica ICSI y ovodonación que solicitan los amparistas. Para entender la técnica que solicitan los actores, doy relevancia en primer lugar, a la explicación de la misma brindada en autos. (...) Así las cosas, la donación de ovocitos, también llamada ovodonación, forma parte de una técnica de reproducción asistida que permite que una mujer proporcione óvulos a otra a fin de que ésta última pueda conseguir un embarazo, lo que provoca una fractura en la unidad natural del proceso de la maternidad, habida cuenta que en este supuesto ya no queda la procreación determinada por los componentes fecundantes de la pareja, sino que se requiere el óvulo de una donante para que se produzca el acto procreacional. Este procedimiento consiste en la siguiente: se aspiran de la mujer varios ovocitos por vía vaginal, después de haberle provocado ovulación por estimulación hormonal. Estos ovocitos son colocados en una probeta, en un medio nutritivo adecuado, en presencia del esperma del hombre. La fecundación se produce después de dos días y medio aproximadamente, y cuando ya hay una división celular precisa (ocho células), se transfiere el huevo fecundado al útero de la mujer, que ha sido especialmente preparado para recibirla, por un segundo tratamiento hormonal. Se produce entonces la anidación del embrión y comienzo del embarazo normal. (MENDEZ COSTA, JOSEFA, FERRER FRANCISCO, D'ANTONIO DANIEL HUGO, Derecho de Familia, Tomo IV, pág. 47) Dado lo explicado, luego de realizar la Fecundación In Vitro con los óvulos de una donante y el semen de un varón, se transfiere después los embriones a la paciente receptora; los ovocitos proceden de donantes voluntarias respecto de las cuales no se puede conocer su identidad, en principio. Se trata entonces de una fecundación asistida denominada heteróloga. (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata al análisis de estos autos caratulados: “B. C. y otra c/ UP s/ Amparo”. Expediente N° 12.021, 17/12/2009 en www.infojus.gob.ar/jurisprudencia/FA09390001-UBM000399-b_up_amparo-federal-2009.htm;jsessionid=4lps1te41t9c2k91x6avhxar?0) (el destacado es de la presente resolución). Dicen los especialistas que la técnica de FIV es el procedimiento más sofisticado, que los Dres. Edwards y Steptoe aplicaron con éxito por primera vez en Gran Bretaña para solucionar el problema de obstrucción de las trompas de falopio, naciendo en julio de 1978, la niña Louise Brown. Estimo que en la actualidad, el orden jurídico argentino ha iniciado el proceso de reconocimiento de los avances científicos en la materia, a través de la ley 26.862 y su Dec.Reg.956/13, ya que considero esta normativa incluye positivamente la técnica pedida. Y es que conforme se desprende del art.8 de la normativa descripta, se ha dicho expresamente que la cobertura abarca las técnicas que la Organización

Mundial de la Salud define como de reproducción médicaamente asistida incluye la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación..." (el destacado es de la presente resolución). El Decreto Reglamentario 956 incluye expresamente nuevamente la cuestión, ya que indica que "Se entiende por técnicas de reproducción médicaamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo...Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos." (art.2) (el destacado es de la presente resolución)(comp. HERRERA MARISA-LAMM ELEONORA, Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", en LA LEY 31/07/2013, LA LEY 2013- D-1037, cita online AR/DOC/2899/2013). Sin embargo, y a pesar de que insisto, la técnica ha sido reconocida legislativamente, asiste razón a la Obra social en cuanto a que la aplicación de la misma abarca la necesaria contemplación de aspectos bióeticos, cuya reglamentación es escueta e insuficiente, en concordancia con destacados especialistas en la materia, que incluso representan posturas distintas sobre la misma. (Conferencia del Dr. NICOLAS LAFFERRIERE, en Simposio por Nacer-Universidad de Mendoza, 9/5/2014; Dra. ELEONORA LAMM, en Jornadas sobre el GOBIERNO DEL CUERPO, LA VIDA Y LA REPRODUCCIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO BIOÉTICO- Universidad de Mendoza, fecha 13/6/2014) Por eso, sostengo que una adecuada previsión de la cuestión del acceso a las técnicas de Reproducción Humana Asistida (THRA) debe contener dos núcleos troncales: a) el primero es lo relativo a la cobertura asistencial de las mismas, y b) el segundo, la reglamentación de la utilización de las técnicas, en especial, las condiciones de su implementación y sus efectos, cuántos óvulos pueden utilizarse, cuántos embriones ser transferidos, como se previenen los embarazos múltiples, si corresponde o no evitar la manipulación de embriones, la aplicación o no del diagnóstico preimplantacional (PGD), maternidad subrogada-alquiler de vientres- gestación por sustitución, según la terminología de los especialistas. En este último punto, nótese que el art. 3º de la ley remite la reglamentación de las THRA a la "Autoridad de Aplicación", que conforme el Dec.Reg. es el MINISTERIO DE SALUD y la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD (art. 3º), sin que hasta la fecha se haya expedido sobre la cuestión. Así las cosas, la ley y su reglamentación son claramente insuficientes para responder a los interrogantes que se plantean frente a las consecuencias prácticas de la implementación de la biotecnología en esta materia y su posible colisión con el orden público argentino; destaco que cuando el Dec.Reglamentario expresa en sus considerandos, que la Ley N° 26.862 tiene por objeto "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médica-asistenciales de reproducción médicaamente asistida" (el destacado es de la presente resolución), sólo refiere al primero de los núcleos medulares de la cuestión que antes

reseñé, es decir, su cobertura asistencial. Sin embargo, nada se prevé frente al manejo de elementos genéticos y la creación extracorpórea de la vida humana que implica la utilización de la FIV con ovidonación, y que suscitan cuestiones éticas, filosóficas y teológicas que condicionan la reflexión en torno a la toma de decisiones en el avance de la investigación científica, en la aplicación de las técnicas apropiadas a los fines propuestos, y en la adopción de reglas o normas jurídicas que son hoy día indispensables habida cuenta de la trascendencia social de estas preocupaciones humanas exteriores a las solas conciencias individuales y que involucran a terceros extraños sin cuya participación y servicios no pueden lograrse los resultados deseados. (Bustamante Alsina, Jorge, "Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial", LL 1997-D-1212). No obstante lo expuesto, también estimo que las restricciones normativas sobre una adecuada reglamentación de esta técnica no impiden alcanzar la justa composición del litigio, sino que en todo caso, deben suplirse vía judicial los vacíos legislativos apuntados, en cumplimiento estricto de la función de la Justicia para conferir una solución al caso en conflicto, función que le es propia del Poder Judicial. Y es que la falta de reglamentación adecuada no puede justificar el rechazo de la cobertura de salud solicitada, sin perjuicio de que deberán adoptarse las medidas idóneas para su efectiva concretización, en respeto integral del ordenamiento jurídico argentino vigente al momento del dictado de la presente resolución. Lo expuesto debe complementarse con los principios esenciales de la bioética: no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia (Beauchamp TL -Childress J, "Principios de ética biomédica", Barcelona). Y es que desentender la biotecnología (tecnología aplicada a la vida) de la bioética importa observar los avances tecnológicos desde extremos antagónicos, en tanto que la idea de esa disciplina es encontrar las decisiones en el término medio. De nada sirve endiosar o demonizar la tecnología aplicada, sino que debe ser interpretada e implementada a partir de principios bioéticos. Y es que el Derecho implica valores; no se puede tener un conjunto de leyes que no repose sobre ciertos valores, por lo menos, ciertos valores dominantes en la sociedad. (MARIA FERRARI, Reseña jurídica en materia de técnicas de reproducción humana asistida. Situación jurídica del embrión, en Compendio Jurídico nro. 74, Junio del 2013, Ed. Errepar) Es por lo señalado, que encumbrados doctrinarios mencionan el llamado Bioderecho, o Derecho Médico, que se encuentra fundado en los siguientes principios: a) el principio de la primacía de la persona humana y salvaguarda de su dignidad, por el que el ejercicio de la biomedicina y la investigación y experimentación genética tiene, por lo tanto un límite en el respeto de la dignidad humana, valor primario y soporte de los derechos fundamentales de la persona; b) el derecho a la vida y el respeto del ser humano desde el comienzo de la vida; c) el principio de inviolabilidad del cuerpo humano y el consentimiento informado, d) el principio de no patrimonialidad del cuerpo humano, sus elementos y productos, e) el principio de protección de la intangibilidad del patrimonio genético, f) el derecho de toda persona a no ser discriminada en razón de sus características genéticas, g) el derecho a la protección de la salud y de acceder a los progresos de la ciencia biomédica, h) el principio de libertad de investigación, i) el de familiaridad.

(MENDEZ COSTA, JOSFA, FERRER FRANCISCO, D'ANTONIO DANIEL HUGO, Derecho de Familia, Tomo IV, págs. 9/33). Agrego que el contexto del cual debe partir el análisis apuntado, no es otro que el propio de nuestro país, sirviendo las pautas del derecho comparado como puntos de referencia para la comprensión cabal de la propia realidad, y no a la inversa. Me enrolo, entonces, bajo las premisas apuntadas, entonces en la postura jurisprudencial activista más reciente, que partiendo de la base de la previsión legislativa de la técnica, pretende sopesar las falencias a fin del resguardo de los derechos constitucionales ([www.adnrionegro.com.ar/2014/06/stj-confirmo-sentencia-y-ordena-a-prepaga-abrindar-cobertura-integral-en-tratamiento-de-fertilizacion-asistida/](http://www.adnrionegro.com.ar/2014/06/stj-confirmo-sentencia-y-ordena-a-prepaga-abrindar-cobertura-integral-en-tratamiento-de- fertilizacion-asistida/); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, DVVI y otro c/OSSEG s/amparo 5/9/2013, publicado en DFyP 2014, cita online AR/JUR/71186/2013, L.M.L. y otro c/OSDE S/amparo, 14/05/2013, cita online AR/JUR/27232/2013; Superior Tribunal de Justicia de Corrientes in re LA del C c/Obra Social de la Unión Personal civil de la Nación UPCN s/Amparo, 28/03/2012, cita online IJ-lxiv-701), sobre todo porque existe prescripción médica de su necesidad, y no hay una norma que lo prohíba (art 19 CN). Por lo expresado, este argumento tampoco resulta suficiente para negar el amparo peticionado, sin perjuicio de las medidas a adoptar que me exige el caso, como antes expliqué. Dado lo expuesto, estimo que en el caso, la actuación de la obra social está dotada de ilegalidad y arbitrariedad manifiesta, lo que provoca una lesión a un derecho constitucional de los amparistas, y que debe ser protegido por la presente vía, bajo las directivas que se darán en aras a preservar el orden público argentino, en su estadio actual. Insisto en que me expediré sobre la cuestión, porque forma parte la modalidad de técnica peticionada del objeto de debate de la causa, y frente a lo cual, la justicia exige dar una respuesta razonada también a su pretensión defensiva de la Obra Social demandada (art. 90 inc.4 del CPC). IV- Medidas de previsión de tutela judicial a adoptar en el presente caso. Debe ponderarse que el Derecho Civil en su sistemática jurídica, debe concebirse como una totalidad normativa autosuficiente, e incluso, con capacidad de expansión para regular aquellos casos que, no estando por el momento expresamente regulados, sean sin embargo discernibles del plexo normativo vigente. Sobre la base de tal argumento, es posible concebir al sistema desde un punto de vista formal, en el que la solución normativa ha de encontrarse en el mismo ordenamiento jurídico, quien aunque más no sea cierra el sistema con una norma de carácter general que permite englobar al supuesto de hecho que en labor hermenéutica se puede considerar comprendido. Frente a otra casuística debe el juez autointegrar el orden jurídico acudiendo a la analogía, o bien, a los principios generales del derecho (arts. 15 y 16, Cód. Civil) Pero si además comprendemos una labor heterointegrativa en el magistrado, lo veremos también acudir a la justicia material o bien a los principios generales metapositivos. (VALENTE LUIS ALBERTO, Bioética y Derecho civil, en LA LEY 5/01/2004, cita online AR/DOC/250/2004). Partiendo de tal concepción, se adoptarán las siguientes medidas: i) Donación de los ovocitos: Me referiré en primer lugar al origen o fuente de los gametos a utilizar en la práctica, cuya denominación donación, considero

inapropiada, por confundir la posibilidad de aplicación de la normativa contractual en la materia (art.1789 del C.Civil), aunque la normativa especial en la materia utiliza dicha calificación. En efecto; el ar. 8º del Dec 956/13 que en caso que en la técnica de reproducción médicaamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) de la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD. Luego, prevé que si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante. La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. Observo que en el caso, la reglamentación encuentra adecuada posibilidad de aplicación, desde que el Centro de Reproducción Humana del Dr.Tersoglio, ante quienes han recurrido los amparistas para el tratamiento de su patología, es un Establecimiento que ha cumplido con los requisitos de registración, conforme el último listado aprobado por el Ministerio de Salud de la Nación(www.msal.gov.ar/images/stories/pdf/listado-estab.fert.asistida-13-6-2014.pdf) Por otra parte, no vislumbro que la Obra Social tenga en su PMO previsto efector de la práctica que cumpla con dicha condición; menos que haya ofrecido alguno, sin perjuicio de que ya se que el usuario del sistema de salud tiene el derecho a la libre elección no aparece tampoco como válido. En efecto, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el caso “Fundación Cardio-vascular de Mendoza en J: 95706/18.629 “Clínica Sanatorio Mitre SRL c/ Asociación de Clínicas y San. De la Provincia de Mendoza y ots. por recurso de amparo” del 01/03 /93 sostuvo que “... en esta época de escalfriante masificación del sistema de salud, el mínimo derecho que el Estado debe asegurar a sus habitantes es el de elegir a su médico, que tal derecho integra el derecho a la salud y que éste se encuentra implícito en la Constitución Nacional y Provincial”. (el destacado de la presente resolución). Por lo tanto, la donación de los ovocitos se efectivizará por intermedio del referido Instituto. ii) Consentimiento informado: Según el art. 7 del Dec.Reglamentario nro. 956, el consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicaamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales. En los casos de técnicas de reproducción médicaamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicaamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión. En el Proyecto de Código Civil y

comercial del 2012, el consentimiento informado se encuentra previsto expresamente en el art. 560, en cuanto establece que: “El Centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. Este es un tema no menor, ya que proviene del deber de información derivado del principio biético de autonomía. Conforme el mismo, debe establecerse un proceso de conocimiento y discusión entre el profesional y el paciente, con el objeto de promover en el último un papel activo que se expresa en su derecho de autodeterminación. La particularidad que se presenta en la THRA de este caso, es que para concretarse el resultado deseado por los usuarios, se inserta al vínculo médico-paciente una tercera persona que llega a esta vida por decisión de quienes integran la relación jurídica (KASNOW ADRIANA, Técnicas de reproducción humana asistida. La Ley 26.862 y el Proyecto de Código, op.cit.). Por ello, es que el centro médico interviniente deberá obtener el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, de todas ellas. En él se manifestará que la dadora ha sido advertida que los óvulos serán utilizados para fines de procreación, que ha sido informada pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica o genética en los términos del art. 11 de la ley 26.061, por lo que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de aplicación las normas previstas por el Código Civil vigente en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, entre otros. iii) Disociación de la maternidad genética de la gestacional-Derecho a la identidad del menor que nazca de las THRA. De acuerdo con el texto del art. 242 del Código Civil “la maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...”. Esta norma se apoya en el vínculo biológico, ya que atribuye la maternidad al hecho del parto, y constituye la aplicación del aforismo romano según el cual “el parto sigue al vientre” (partus sequitum ventrum), y en virtud de ello, “la maternidad siempre es cierta” (mater semper certa est). Sin embargo, el avance de la ciencia nos ha enfrentado con nuevos dilemas nunca imaginados por el legislador en oportunidad del dictado del código mencionado, porque actualmente estas nuevas técnicas de reproducción asistida con donantes disocian “la sexualidad de la reproducción, la concepción de la filiación, padres biológicos y padres legales, y mixtura la identidad biológica” (“L. M. L. C. c. IOMA s/ Amparo” Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo nº 1 de La Plata). Estimo que la disociación de vínculos biológicos para algunos o genéticos para otros es una realidad que también proviene de la naturaleza humana, al hacer posible desarrollar la parentalidad sobre la base de los valores de solidaridad y principio de trascendencia, muchas veces de bases más sólidas para la formación de tantas familias en la actualidad. Así las cosas, traigo a colación que en marzo de 2012 se presentó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial unificado que introduce la “voluntad procreacional”, contemplada por el art. 561, según el cual los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son

también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos. De esta manera, el caso del fallo en estudio sería resuelto mediante el reconocimiento de la voluntad libremente expresada de la amparista de ser inscripta como madre del niño por nacer, sin importar la ausencia de nexo biológico con él. En la “voluntad procreacional” toma relevancia la voluntad de ser padres de un niño concebido mediante dación de gametos, como sucede en casos como el presente, pero también en cualquier otra situación en la cual haya dación de ovocitos, de semen e incluso de embriones. Luego, también se previó que el niño nacido mediante estas técnicas reproductivas no se vería impedido de conocer sus orígenes, dado que el art. 562 del anteproyecto establece el derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida, al mandar que la información relativa a la persona que ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. Así, a petición de personas nacidas a través de estas técnicas, puede: revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. También es posible obtenerse del centro de salud interviniente, información relativa a los datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud (Berger, Sabrina M., Afianzamiento de la “voluntad procreacional” Publicado en: LA LEY 14/05/2012, 7 • LA LEY 2012-C, 251 Fallo Comentado: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes ~ 2012-03-28 ~ L., A. del C. c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN). Lo expuesto me convence que no es un obstáculo la diferenciación entre madre genética y madre gestante para la utilización de la técnica; sin embargo, sí considero que ello conlleva otros debates que sí son válidos de tratar, como la contraposición de dos derechos fundamentales e inherentes a toda persona como son: el “derecho a la identidad” o a conocer el origen y el “derecho a la intimidad del donante” (art. 19 CN), las eventuales acciones filiatorias del donante hacia el menor y viceversa, las acciones sucesorias entre ambos, etc. Todo ello, sobre todo, según se prime el derecho a la identidad de la persona o bien el derecho a la intimidad del donante, con todas las consecuencias que ello acarrea. Estimo que la solución que se adopte debe tener al interés superior del niño como pauta de decisión (BERBERE DELGADO, JORGE CARLOS “El interés superior del niño como pauta de decisión en problemáticas relativas a la reproducción humana asistida”, en IJ EDITORES DERECHO DE FAMILIA, 13/5/2014); ello así, inclino la balanza a favor del niño por nacer. En dicha tesis, destaco un reciente fallo dictado por Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed. – Sala V, in re C., E. M. y Otros c/Estado Nacional – Ministerio de Salud s/Amparo, de fecha 25-04-2014, Cita: IJ-LXXI-835, en www.infojus.gov.ar), se ordenó al Estado Nacional-Ministerio de Salud la adopción de medidas a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida análogo al presente caso. Se fundó para ello en que el art. 8º de la Convención sobre los Derechos de

Niño, que constituye uno de los tratados internacionales a los que se refiere el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, se establece, en cuanto al caso interesa, que “[l]os Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”. Ese texto ha sido interpretado, de manera concordante con el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido que el derecho de niño a la identidad se refiere tanto a la identidad en el sentido legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Contreras vs. El Salvador”, sentencia del 31 de agosto de 2011, apartados 112 y 113 - ver coteidh.or.cr/docscasos/articulos/seriec_232%20_esp1.doc; - en el apartado 214 de la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ese litigio se pone de manifiesto que el texto definitivo del art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño tuvo origen en la propuesta alternativa presentada por la delegación argentina, acerca de la necesidad de incorporar el derecho a la identidad, tal como se expone en la nota al pie de página Nº 157 del apartado 214 de ese documento -ver www.cidh.org/demandas/12.517_ElSalvador_ESP.pdf;- en el mismo sentido se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso “Godelli vs. Italia”, del 25 de septiembre de 2012, en cuanto al alcance del derecho a conocer la identidad en sentido biológico). Por lo explicado, daré preeminencia al derecho del niño a conocer la identidad de sus padres biológicos, y que se encuentra reglado expresamente en la ley 26.061 (“Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”), que establece en su artículo 11 que los niños “tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres.” Dicho derecho que forma parte del orden público argentino (YUBA GABRIELA, “El derecho a la identidad, el interés superior del niño y el orden público.” IJ Editores, 13/4/2012), me impone indicar al centro médico interviniente que deberá resguardar los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametas de terceros y sus eventuales consecuencias, mediante la confección de la historia clínica respectiva, y su debido resguardo. Lo directiva impuesta, estimo, encuentra también fundamento en que considero que por analogía, debe aplicarse la Ley de Pacientes nro. 26529 (art. 16 C.C.).

iv) El status de los embriones obtenidos con la aplicación de la técnica. Este es otro punto que considero que merece tratamiento en la cuestión propuesta a resolver en estos autos, ya que la demandada ha desarrollado profusamente la postura acerca de los aspectos bioéticos-legales que implica la técnica peticionada, basado principalmente en que en el ordenamiento jurídico argentino el respeto por la vida humana es tomada desde su inicio, a partir de la concepción. Coincido en ello; la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación del art. 1 de la misma efectuada por la ley 23.849 (art. 2), así como los demás tratados internacionales de jerarquía constitucional suscriptos por el Estado Argentino, otorgan protección a la vida humana desde el momento

mismo de la concepción. Es así como la citada Convención Americana de Derechos Humanos garantiza a toda persona el respeto por su vida a partir de la concepción, al igual que la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos -entre otros instrumentos internacionales de rango constitucional-, en concordancia con lo establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando a partir del precedente “Seguir y Dib” estableció que el derecho a la vida “es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes” (CSJN Fallos 302:1284) a partir del cual sólo pueden ser consagrados los demás derechos que se establecen como inherentes a dicha condición. Por su parte, los arts. 63 y 70 del Código Civil determinan que la existencia de la persona humana comienza con su concepción “en el seno materno”, en referencia expresa a la única forma de procreación que conocían a la época del dictado del Código, aunque ello no excluye que en la actualidad la misma pueda tener en lugar en una estufa de laboratorio. Y es que el art. 264 del Código Civil en su texto actual que establece la regulación de la patria potestad de los padres sobre sus hijos “desde la concepción de éstos”, sin ninguna clase de distinción en la forma de su procreación. Luego, el art. 4º inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que garantiza el respeto por la vida “a partir del momento de la concepción”, mientras que la ley 23.849 que aprobó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, aclarando el Estado Argentino que debe entenderse por niño todo ser humano “desde el momento de su concepción”, no cabe duda alguna que “en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y síquica” (Cam. Nac. Civ., Cap. Fed., Sala I, “Rabinobich”, LL 2001-C-824). Es de destacar el profuso y detallado tratamiento que hizo la Corte de la Nación, en el fallo PORTAL DE BELEN, (CSJN 325:292), al sostener que: “...3) El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir, con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. 4- Tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación.” Este fallo ha sido ponderado en nuestra Provincia en el Plenario Lorca (ver voto del Dr. ALEJANDRO PEREZ HUALDE in re LS352-072). Nótese también que los doctrinarios más encumbrados de nuestro país, han continuado en la misma postura, al sostener que el principio de inicio de la vida desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno (Despacho de la Mayría-Comisión nro. 1, XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, año 2013, en www.jndcbahiaiblanca2015).

*com) Esta postura se ha visto incluyó fortalecida con posterioridad, ya que el art 19 originario del Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 fue modificado. En efecto; antes, la propuesta normativa refería a que: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado". Esta primera redacción era celebrada por prestigiosas juristas de nuestros tiempos (KEMEL-MAJER DE CARLUCCI AIDA-HERRERA MARISA-LAMM ELEONORA, "El embrión no implantado. Proyecto de Código Unificado. Coincidencia con la solución de los países de tradición común", publicado en La Ley 10/07/2012, LA LEY 2012-D-925). En dicho trabajo, se toma como pauta de ponderación comparativa la jurisprudencia brasileña, y se postula la legitimidad de la investigación con células madres embrionarias, aunque con fines terapéuticos. Sin embargo, en la actualidad, se ha eliminado la diferenciación para indicar solamente que "La existencia humana comienza desde la concepción". Es decir, que se extrajo toda alusión a la idea de que la concepción era solamente la efectuada en el seno materno, pero se elimina también la diferenciación del inicio de la vida según se recurran a las TRHA, o no. (CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN Período 131º 17º Reunión – 9-Sesión ordinaria – 13 de noviembre de 2013 en www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/reuniones.shtml). Por otra parte, no desconozco que existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la causa "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro) c/ Costa Rica", de fecha 28/11/2012, donde se sostuvo que a partir de la implantación y no de la fecundación, el embrión es considerado persona y titular del derecho a la vida, posición que es compartida en nuestro país por parte de la doctrina (ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA-HERRERA MARISA-LAMM ELEONORA, "El embrión no implantado. El proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH, publicado en LA LEY 28/12/2012, LA LEY 2013-A,907) Siguiendo otra postura, fundada sobre todo en la interpretación integral del ordenamiento jurídico constitucional argentino, aún traspasado por el debido control Convencional, estimo que dicho fallo no resulta obligatorio para nuestro país, ya que sólo reviste dicho carácter cuando se trata de una decisión recaída en un proceso en el que nuestra República ha sido parte, como se desprende del art. 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Cámara Federal de Apelaciones de Salta *in re* L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo, 8/07/2013, Citar ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/33815/2013) En efecto; la citada norma determina con exactitud los alcances de las resoluciones de la CIDH respecto de los países signatarios de la Convención, al disponer que "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes" (el destacado me pertenece), de lo que, a contrario sensu se deduce que "no hay compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la CIDH en aquellos casos en que no fueron partes, o sea, la jurisprudencia general del tribunal" (THURY CORNEJO, Valentín, "La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", www.elderecho.com.*

com.ar). Al respecto, el Procurador General en su conocido dictamen en la causa “Acosta” (Fallos 335:533, del 08/05/2012, www.pjn.gov.ar) advirtió -en un segmento de su escrito sobre el que no se pronunció el Alto Tribunal- que, “según el derecho interamericano, las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, en los términos del art. 68.1 de la Convención Americana (...) (cf. dictámenes en las causas D. 1682, XL, “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción”, del 1º de septiembre de 2006, publicado en Fallos: 330:3074; C. 1495, XLIII, “Castañeda, Carlos s/sustracción y destrucción de medios de prueba”, del 9 de marzo de 2009, Fallos: 334:1489 y, especialmente, “Carranza Latrubesse”, [“Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia de Chubut”, del 1º de septiembre de 2009]), criterio éste similar al reconocido, por otra parte, por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. Bundesverfassungsgericht, Segundo Senado, —2 BvR 1481/04, sentencia del 14 de octubre de 2004)”. A lo que agregó: “de este modo, la decisión de la Corte Interamericana en un caso contencioso es obligatoria respecto de un Estado parte de la Convención Americana que aceptó la competencia de la Corte Interamericana y fue parte en el proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada y, además, lo es exclusivamente en relación con ese proceso concreto. Las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, erga omnes, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado”. Y es que lo contrario sería derogar el 116 de la Constitución Nacional que coloca a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como última intérprete de la Constitución, y tornar en un contrasentido que ni siquiera sus decisiones poseen en la actualidad carácter vinculante. La cuestión también fue tratada Comisión nro. 1, XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, año 2013, en www.jndcbahiablanca2015.com, al enunciarse en tercer lugar que “La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho. (el destacado es de la presente resolución). Todo lo expuesto, permite afirmar que indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico -natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos (Nallar, Florencia. “Destino de los embriones crioconservados. Especial referencia al Instituto de Adopción”, en La ley online; comp. LAFERRIERE NICOLAS, “El derecho a nacer de los embriones crioconservados y la patria potestad en un caso de separación de los padres, en EL DIAL EXPRESS 6-10-2011 (el destacado es de la presente resolución). En efecto; no cabe confundir fecundación con concepción. La fecundación constituye el inicio del ciclo vital del ser humano; se ha dicho que la fecundación no ha de confundirse con la concepción, por tratarse de dos momentos biológicos distintos, en que el segundo es consecuencia del primero, sin que empece a ello la inmediatez temporal de ambos momentos. En el ámbito de la procreación natural, la fecundación es precedida de un

“proceso biológico pre fecundatorio”: ingresados los espermatozoides en la vagina de la mujer, se produce la preparación de la cabeza para su penetración en el óvulo y la calibración y ejercitamiento de la cola para una adecuada movilidad. Con el contacto del espermatozoide con el óvulo se inicia el proceso de fecundación: el espermio se une a la zona pelúcida del óvulo, luego la atraviesa, contacta con la membrana vitelina y se sucede una progresiva fusión de las membranas de las dos células. En ese momento el óvulo comienza a generar la membrana de fecundación que impedirá el ingreso de otros espermios. En cambio, la concepción es el resultado de todo el proceso biológico anterior. El óvulo ha sido fecundado y constituye una célula única que contiene dos núcleos con 23 pares de cromosomas cada uno (el del hombre y el de la mujer con diferente información genética). A este estado se lo denomina “ovocito pronucleado”. Luego, se sucede la “singamia”, consistente en el intercambio de información genética y la fusión de los dos pro núcleos dando lugar a la formación del “cigoto”, célula con 46 pares de cromosomas; este proceso dura algo más de 24 horas contados desde la fecundación. (TOBIAS JOSE-LAVALLE GONZALO, “La existencia de la persona física. Embrión. Naturaleza jurídica. Ovocitos pronucleados. Crioconservación. Destino de los embriones crioconservados”; Publicado en: Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil – Parte General – Director: José W. Tobías, Editorial LA LEY, 2003, 25 Fallo Comentado: Suprema Corte de Tennessee (SCTennessee) ~ 1992-06-01 ~ D., J. L. c. D., M. S. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I (CNCiv)(SalaI) ~ 1999-12-03 ~ Rabinovich, Ricardo D. Cita Online: AR/DOC/956/2007 en www.laleyonline.com.ar). Lo expuesto torna relevancia fundamental porque la técnica FIV siempre presentará el riesgo de que en algunas circunstancias, los embriones procreados deban congelarse por imposibilidad de transferirlos al útero de la mujer, por eventuales contingencias que impiden la implantación, siendo incierto el destino de los mismos en estos casos. (MENDEZ COSTA, JOSEFA, FERRER FRANCISCO, D'ANTONIO DANIEL HUGO, Derecho de Familia, Tomo IV, págs. 9/33) Surge entonces como una consecuencia de la aplicación de la técnica peticionada, la aplicación de la denominada criogenia — o crioconservación o criopreservación de embriones —, y que constituye un procedimiento técnico que permite la “conservación” de embriones en un envase de nitrógeno líquido a 196° bajo cero. El procedimiento es aplicable también a los gametos (espermios y óvulos). A través de este procedimiento se evita la destrucción de los embriones super numerarios o se los congela para una futura transferencia. En algunos países, incluso (Reino Unido), se permiten crear embriones para la investigación; en otros (Francia), está permitida la investigación con embriones hasta catorce días después de la fertilización si no se daña la integridad del embrión y en otros (Alemania) hasta la singamia, es decir, hasta veintiuna o veinticuatro horas desde la fecundación. En algunos países se establece una plazo máximo de crioconservación, que se fija en cinco años (Francia y España). En el Reino Unido, al parecer, los embriones crioconservados son destruidos pasado un tiempo, sea por falta de respuesta de las parejas o por indicación expresa de ellas. En el otro extremo, la normativa de otros países prohíbe la experimentación embrionaria en cualquier estadía del

desarrollo y el almacenamiento o congelación de embriones sobrantes (Irlanda). (TOBIAS JOSE-LAVALLE GONZALO, “La existencia de la persona física. Embrión. Naturaleza jurídica. Ovocitos pronucleados. Crioconservación. Destino de los embriones crioconservados”; ob.cit.). En nuestro país, esta técnica no sólo no está prohibida, sino que el Dec.Regl. 956/13 la incluye expresamente en su artículo 2, dentro de las THRA, a la “la criopreservación de ovocitos y embriones” Por otra parte, es cierto que el embrión supernumerario que no es utilizado por los usuarios de la técnica pueden ser dados en adopción prenatal a otra pareja, pero si ello no ocurre, su destino puede ser el de convertirse en objeto de investigación, material biológico con fines terapéuticos o industriales, o directamente se pone fin a su conservación. Atento a lo expuesto, es que considero que la protección jurídica debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, puesto que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano. En dicha tesis, sostuvo la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, a través del voto del Dr. Tazza in re 12.021 BC y ot c/UP p/amparo, “sin ninguna duda, y ante todo lo expuesto, los embriones resultantes o no transferidos de la práctica que por este medio se autoriza deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas, por consistir en vida humana en gestación independientemente de que se encuentren fuera del útero materno. Es así que para preservar sus derechos inalienables deben establecerse una serie de restricciones que amparen los más elementales derechos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad del ser humano que son amparados desde la concepción dentro o fuera del seno materno.” Coincido entonces con el prestigioso Magistrado, en que necesariamente debe existir un “derecho del embrión” incluso aun cuando no tenga un soporte normativo expreso en nuestro país que lo contemple, y que dentro de esta gama de prerrogativas exista un derecho a no ser objeto de manipulaciones genéticas, a no ser objeto de experimentaciones científicas de ninguna índole, y fundamentalmente el derecho a la no eliminación o destrucción. En este fallo citado, se propuso que, en caso de existir “embriones sobrantes” o “no transferidos” luego de la terapia ordenada, se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos hasta que exista una regulación legal ampare y proteja sus derechos inherentes a la condición humana que ostentan, o hasta que pudiera existir una decisión judicial que permitiera la adopción prenatal si ello fuese considerado factible por el órgano judicial interviniente y se dieran los demás requisitos exigidos por la legislación argentina específica y aplicable al caso. Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos ya referidos, propongo que se decrete medida de no innovar respecto de los embriones resultantes crioconservados, ordenando al a quo a practicar las diligencias necesarias para nombrar un tutor de dichos embriones en los términos de los arts. 377, 392, 397 inc. 8, siguientes y concordantes del Código Civil bajo la inspección y vigilancia del Ministerio Público Tutelar de la Defensoría Oficial, quien deberá ser informado (junto al propio juez actuante como al Ministerio Público) de cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, que

deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (luego de la intervención de los mencionados) sólo si no se vulneran los derechos mencionados de los embriones y en tanto ello no se oponga a la dignidad del ser humano, prohibiéndose expresamente cualquier forma de manipulación genética, experimentación o clonación a su respecto y por supuesto, su destrucción o descarte.” En otro precedente, se estimó que la implantación debía hacerse de una sola vez, no pudiendo exceder de tres. (L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo; ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/33815/2013, de fecha: 08/07/2013). Bajo la premisa de buscar el justo medio biético aspirado en al presente resolución, estimo que corresponde hacer un parangón entre ambas soluciones; sobre todo, porque en autos no se ha acreditado la viabilidad de la implantación de una sola vez, sin afectar con ello la salud de la madre, o su deseo de no obtener un embarazo múltiple. (ley 25.673) Insisto en que la presente no importa en forma alguna plantear objeción de conciencia, posturas religiosas, filosóficas, morales o éticas respecto de la técnica a utilizar o sus consecuencias, sino la aplicación estricta del ordenamiento jurídico argentino en su estadío actual, a fin de propender a otorgar una solución equitativa en el caso. En corolario de todo lo expresado, considero pertinente adoptar en conjunción con los principios postulados y la interpretación normativa constitucional y convencional, como así también las decisiones judiciales adoptadas en casos análogos, las siguientes medidas: 1) Deberá ser requerido con anterioridad a la realización de cada procedimiento, el consentimiento libre y consciente de los amparistas y de la donante de ovocitos, previa explicación y debida información de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos, y los efectos de la disociación entre el vínculo genético y el gestacional. 2) El Instituto de Reproducción Humana del Dr. Tersoglio deberá elaborar una historia clínica, completa y documentada, que contenga el consentimiento informado de todos los intervenientes, la identificación de la donante de los ovocitos, y todo elemento que considere útil para el resguardo de los derechos reconocidos por la presente resolución, los que serán dados a conocer únicamente mediante decisión judicial que así lo requiera. 3) Todos los embriones obtenidos por ciclo a partir de la práctica empleada deberán ser implantados de una vez; salvo prescripción médica acreditada en autos sobre su inconveniencia o manifestación en contrario de los amparistas (ley 25.673). 4) En caso de que no sea posible la medida dispuesta en el punto anterior, se procederá a la crioconservación de los embriones obtenidos, la que deberá respetar los postulados y directivas adoptadas en la presente resolución. 5) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial. 6) Queda expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción. 7) Designar en calidad de curador de los embriones que obtengan de la utilización de la técnica de autos a la Defensoría de Pobres y Ausentes, en turno. 8) Dar intervención al Ministerio Público Pupilar en turno, a los efectos de propender al resguardo de los derechos de los menores que nazcan con motivo de la técnica a utilizar, en especial, el de su identidad. V- Respeto de la forma a solventar el tratamiento, y si bien se

peticiona el mismo sin límites algunos, estimo que debe tenerse en especial ponderación que la ley 26.862 y en especial con el decreto reglamentario 956/2013 (art. 8º), establece que una persona puede acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicaamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicaamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos. En consecuencia, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales locales, la obra social demandada deberá afrontar la totalidad de la cobertura que supone las prácticas (medicación, gastos y tratamiento médico) por los tres intentos en los tiempos e intervalos establecidos por la norma. ("Tercera Cámara Civil, in re Nº 250.032/50.371 caratulados "MAYORGA VICTOR LEONARDO C/ OSEP POR ACCIÓN DE AMPARO" 16/12/2013, en www.jus.mendoza.gov.ar, Revista del Foro de Cuyo nro. 134-45; Quinta Cámara de Apelaciones in re: 14515 – "Méndez, Andrea Leticia c/ Obra Social de Empleados Públicos (Osep) por Acción de Amparo" – 19/04/2013 en www.jus.mendoza.gov.ar). Ello así, ante la pretensión de la reiteración de nueva cobertura, la actora deberá presentar: a) detalle de los gastos efectuados, con sus respectivos comprobantes y b) informe del médico tratante en el que se deberá explicitar las técnicas utilizadas, los motivos por los cuales estima no se ha obtenido éxito; los motivos por los cuales entiende conveniente insistir con dicho tratamiento y, en su caso, probabilidades de éxito frente a las anteriores circunstancias, a fin de que se analice la procedencia de autorizar o negar la nueva cobertura. VI- Si bien no desconozco que frente al planteo de la naturaleza especial de la técnica de fertilización pedida por los amparistas, se ha resuelto en algunos casos, la imposición de costas en el orden causado. En el caso, no obstante, estimo que corresponde aplicar el principio chiovendano de la derrota, por observar que la pretensión defensiva –opositora de la Obra Social no se circumscribe a dicha temática. En consecuencia, serán aplicadas a la demandada. (arts. 35 y 36 inc.I del CPC). En su virtud, RESUELVO: I- Hacer lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. xxxxxxxx en contra de Obra social para el personal de empresas de limpieza, servicios y maestranza (OSPELSYM), y en consecuencia, condenar a la demandada a otorgar la cobertura integral (100%) de tres intentos de fertilización "in vitro" (FIV), por técnica ICSI, con ovodonación, incluida medicación y gastos, por intermedio del Instituto de Reproducción Humana xxxx. II- En caso que el tratamiento no fuere exitoso y se pretendiera nueva cobertura, la parte actora deberá presentar: a) detalle de los gastos efectuados, con sus respectivos comprobantes y b) informe del médico tratante en el que se deberá explicitar las técnicas utilizadas, las causas por las cuales estima no se ha obtenido éxito; los motivos por los cuales entiende conveniente insistir con dicho tratamiento y, en su caso, probabilidades de éxito frente a las anteriores circunstancias, a fin de otorgar o negar la nueva petición. III- Adoptar las siguientes medidas, conforme lo considerado: 1) Ordenar al Centro médico interveniente que deberá confeccionar una historia clínica, debidamente detallada y documentada, en la que conste que se ha requerido con anterioridad a la realización de cada procedimiento, el consentimiento libre y consciente de los amparistas y de la donante, previa

explicación y debida información de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos, y los efectos de la disociación entre el vínculo genético y el gestacional, con identificación de la donante de los ovocitos, y todo elemento que considere útil para el resguardo de los derechos reconocidos por la presente resolución, los que serán dados a conocer únicamente mediante decisión judicial que así lo requiera; 2) Ordenar que todos los embriones obtenidos por ciclo a partir de la práctica empleada deberán ser implantados de una vez; salvo prescripción médica acreditada en autos sobre su inconveniencia o manifestación en contrario de los amparistas; 3) En caso de que no sea posible la medida dispuesta en el punto anterior, se procederá a la crioconservación de los embriones obtenidos, la que deberá respetar los postulados y directivas adoptadas en la presente resolución. 4) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial. 5) Queda expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción. 6) Desígnese en calidad de curador de los embriones que obtengan de la utilización de la técnica de autos a la Defensoría de Pobres y Ausentes, en turno. 7) Dese intervención al Ministerio Público Pupilar en turno, a los efectos de propender al resguardo de los derechos de los menores que nazcan con motivo de la técnica a utilizar, en especial, el de su identidad. IV- Imponer las costas a la demandada, por resultar vencida (arts. 35 y 36 inc.I del CPC). V-Regular los honorarios. (Expte: 250.078 Mendoza, 19 de Junio del 2014)

BOLÍVIA

DIREITO SANITÁRIO DO TRABALHO. *En revisión la Resolución 010/2013 de 22 de agosto, cursante de fs. 194 a 200, pronunciada dentro de la acción de amparo constitucional interpuesta por Sonia Isidora Encinas Lamas de Mercado contra José Domingo Claros Fernández y Oscar Raymundo Yucra Loza; Director Técnico y Jefe de Recursos Humanos, respectivamente, ambos del Servicio Departamental de Salud (SEDES) de Cochabamba. I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA. (...) II. CONCLUSIONES. Del análisis y compulsa de los antecedentes que cursan en obrados, se establecen las siguientes conclusiones: II.1. El 7 de abril de 2011, el entonces Director Técnico del SEDES de Cochabamba, pronunció la Resolución Administrativa de Revocatoria 01/2011 de 7 de abril, en la que determinó: "Revocar el memorándum N° 19407 fechado con 3 de Marzo de 2011, mediante el cual se le transfería a cumplir funciones como odontóloga de planta al C. Arani, disponiendo y autorizando su TRASLADO TEMPORAL al Hospital Viedma por los motivos de salud expuestos en líneas precedentes, y sea solo por la gestión 2011, estableciéndose que para determinar y considerar la procedencia o improcedencia de la continuación de su traslado para la próxima gestión 2012, deberá someterse a otros exámenes médicos (particular, IANSO, etc.) y presentar su solicitud correspondiente al SEDES a fines de noviembre de 2011 sea sin perjuicio de la obligación que tiene de informar al SEDES de cualquier*

cambio que aconteciese en su situación actual de salud” (sic) (fs. 16 a 17 vta.). II.2. Mediante Carta presentada el 17 de noviembre de 2011, Sonia Isidora Encinas Lamas de Mercado -hoy accionante-, solicitó a la Unidad de Servicios Médicos del SEDES de Cochabamba, proceda a la realización de sus exámenes médicos para dar cumplimiento a la Resolución Administrativa de Revocatoria 01/2011 de 7 de abril (fs. 20). II.3. El 30 de noviembre de 2011, la accionante presentó a la Unidad de Servicios Médicos del SEDES de Cochabamba, certificados médicos que, a su criterio, acreditaban su delicado estado de salud, solicitando se determine la permanencia en su lugar de trabajo (fs. 21). II.4. A través de carta de 12 de noviembre de 2012, la accionante, solicitó a la unidad de Servicios Médicos del SEDES de Cochabamba, se proceda a sus exámenes médicos para dar cumplimiento a la Resolución Administrativa de Revocatoria 01/2011 de 7 de abril, para lo cual requirió se elaboren los estudios necesarios (fs. 22). II.5. El 3 de abril de 2013, la accionante requirió de José Domingo Claros Fernández, Director técnico del SEDES de Cochabamba -ahora codemandado- ordene se le practiquen los exámenes médicos para acreditar su delicado estado de salud (fs. 25). II.6. Memorándum 24159 de 16 de abril de 2013, Director del SEDES de Cochabamba, determinó la transferencia de la accionante a la Red de Salud de Aiquile (fs. 10), situación ratificada mediante Memorándum 24468 de 27 de junio de 2013 (fs. 11). II.7. El 10 de julio de 2013, la accionante, presentó Recurso de Revocatoria contra el Memorándum 24159 de 16 de abril de 2013, por el cual se determinó su transferencia a la Red de Salud de la ciudad de Aiquile, decisión que no consideró su delicado estado de salud (fs. 32 a 33 vta.), recurso que dio lugar a la emisión del Auto de 19 de julio de 2013, en el que José Domingo Claros Fernández, determinó “no se concede” (sic), la petición efectuada por la accionante, instruyendo el cumplimiento del Memorándum impugnado (fs. 58). II.8. A fs. 60 y 61 cursan certificaciones de 24 de julio de 2013 del Sindicato “15 de Octubre Tiraque y de la empresa TransCotoca Cochabamba” en las que se detalla un evento relacionado con el delicado estado de salud de la accionante, quien en el recorrido de Cochabamba hacia la ciudad de Aiquile requirió de asistencia médica. II.9. El 29 de julio de 2013, la ahora accionante interpuso Recurso Jerárquico, solicitando la revocatoria del Memorándum 24468 de 27 de junio de 2013, mismo que no fue resuelto hasta la interposición de la presente acción de amparo constitucional (fs. 62 a 64). III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO. La accionante, alega la vulneración de sus derechos a la vida, a la salud y a la estabilidad laboral, por cuanto el año 2006 después de un proceso de selección, ingresó a trabajar en el SEDES de Cochabamba, más propiamente como odontóloga del Hospital de Aiquile, cargo en el cual fue objeto de varias transferencias, para finalmente ser ubicada en la Red de Salud de la Provincia Cercado de Cochabamba en virtud de un proceso de reclamaciones por su parte que dieron lugar a dicho extremo, hasta que mediante Memorándum de 16 de abril de 2013 la autoridad ahora demandada dispuso su transferencia al Hospital de Aiquile, decisión que no pudo cumplir en virtud de su grave estado de salud que le impide realizar viajes y esfuerzos físicos, por lo cual recibió presiones, razón que le motivó a activar los recursos de impugnación en sede administrativa, quedando

pendiente de resolución el Recurso Jerárquico interpuesto, no obstante de haber procurado trasladarse de Aiquile el 13 de julio de ese año, cometido que no fue cumplido debido a que en el recorrido a su destino sufrió de pérdida de conocimiento derivando en que sea atendida en el Centro Médico Señor de Mayo, situación que fue comunicada al SEDES el 15 del mismo mes y año acompañando la correspondiente baja médica, justificaciones que no lograron revertir el Memorándum de transferencia. En consecuencia, se procederá a analizar si en el presente caso corresponde la conceder o denegar la tutela solicitada. III.1. La acción de amparo constitucional. Su configuración constitucional. La SCP 0002/2012 de 13 de marzo, ha señalado: "El orden constitucional boliviano, dentro de las acciones de defensa, instituye en el art. 128 la acción de amparo constitucional como un mecanismo de defensa que tendrá lugar contra los 'actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley'. Del contenido del texto constitucional de referencia puede inferirse que la acción de amparo constitucional es un mecanismo de defensa jurisdiccional, eficaz, rápido e inmediato de protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, cuyo ámbito de protección se circumscribe respecto de aquellos derechos fundamentales y garantías que no se encuentran resguardados por los otros mecanismos de protección especializada que el mismo orden constitucional brinda a los bolivianos, como la acción de libertad, de protección de privacidad, popular, de cumplimiento, etc. Asimismo, desde el ámbito de los actos contra los que procede, esta acción se dirige contra aquellos actos y omisiones ilegales o indebidos provenientes no sólo de los servidores públicos sino también de las personas individuales o colectivas que restrinjan o amenacen restringir los derechos y garantías objeto de su protección. En este contexto, el amparo constitucional boliviano en su dimensión procesal, se encuentra concebido como una acción que otorga a la persona la facultad de activar la justicia constitucional en defensa de sus derechos fundamentales y garantías. El término de acción no debe ser entendido como un simple cambio de nomenclatura, que no incide en su naturaleza jurídica, pues se trata de una verdadera acción de defensa inmediata, oportuna y eficaz para la reparación y restablecimiento de los derechos y garantías fundamentales, y dada su configuración, el amparo constitucional se constituye en un proceso constitucional, de carácter autónomo e independiente con partes procesales diferentes a las del proceso ordinario o por lo menos con una postura procesal distinta, con un objeto específico y diferente, cual es la protección y restitución de derechos fundamentales y con una causa distinta a la proveniente del proceso ordinario, esto es, la vulneración concreta o inminente de derechos fundamentales a raíz actos y omisiones ilegales o indebidos y con un régimen jurídico procesal propio. En este orden de ideas, la acción de amparo constitucional adquiere las características de sumariedad e inmediatez en la protección, por ser un procedimiento rápido, sencillo y sin ritualismos dilatorios. A estas características se añade la de generalidad, a través de la cual la acción puede ser presentada sin excepción contra todo servidor público o persona individual o colectiva. Finalmente cabe señalar que dentro de los

principios procesales configuradores del amparo constitucional, el constituyente resalta la inmediatez y subsidiariedad al señalar en el parágrafo I del art. 129 de la Constitución que esta acción “(...) se interpondrá siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”. Lo señalado implica que la acción de amparo forma parte del control reforzado de constitucionalidad o control tutelar de los derechos y garantías al constituirse en un mecanismo constitucional inmediato de carácter preventivo y reparador destinado a lograr la vigencia y respeto de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, siempre que no exista otro medio de protección o cuando las vías idóneas pertinentes una vez agotadas no han restablecido el derecho lesionado, lo que significa que de no cumplirse con este requisito, no se puede analizar el fondo del problema planteado y, por tanto, tampoco otorgar la tutela“. III.2. Derecho a la vida y a la salud. La Constitución Política del Estado en su art. 15.I consagra el derecho a la vida, dentro del catálogo de derechos fundamentales, señalando que: “Toda persona tiene derecho a la vida...”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 3 establece: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 6 señala: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo refiere: I “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. En ese sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 4.1 dejó establecido que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La Declaración de Viena, adoptada por la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en el año 1993 señala que: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad debe tratar los derechos humanos en forma global de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos la misma importancia” (punto 5). Con respecto al derecho a la vida el Estado tiene obligaciones tanto positivas como negativas. En su Observación General No. 6, el Comité de Derechos Humanos comenta que la cabal protección del derecho a la vida requiere, entre otras cosas, medidas destinadas a prevenir la guerra y medidas para la protección de la salud pública”. En cuanto al derecho a la salud, el art. 18.I de la CPE dispone que: “Todas la personas tienen derecho a la salud”. En lo referente al derecho a la salud, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su numeral 25, encontramos que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que, entre otras cosas, le asegure su salud. A decir de Guillermo Soberón Acevedo, “La salud es ámbito predilecto de la sociedad igualitaria. Poca importancia tiene la disminución de otras desigualdades sociales, si no se manifiesta en una vida sana y de mejor calidad”.

III.2. Jurisprudencia. Sobre el alcance de estos derechos primigenios, el Tribunal Constitucional Plurinacional en a la SCP 1906/2012 de 12 de octubre, ha señalado: .

Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones. Es un derecho inalienable de la persona que obliga al Estado en dos sentidos: su respeto y su protección. La autoridad estatal está constitucionalmente impedida de hacer cosa alguna que destruya o debilite el contenido esencial de esos derechos, debiendo crear las condiciones indispensables para que tengan cabal observación y pleno cumplimiento". La jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional a través de la SC 0653/2010-R de 19 de julio, reiterando lo señalado por la SC 0026/2003 ha expresado: "...es el derecho en virtud del cual la persona humana y los grupos sociales- especialmente la familia-como titulares del mismo, pueden exigir de los órganos del Estado, en cuanto sujetos pasivos, que establezcan las condiciones adecuadas para que aquellos puedan alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social y garanticen el mantenimiento de estas condiciones. El derecho a la salud no significa solamente el derecho a estar en contra de la enfermedad sino el derecho a una existencia con calidad de vida'. Entendimiento que en el actual orden constitucional encuentra mayor eficacia puesto que la salud es un valor y fin del Estado Plurinacional, un valor en cuanto el bienestar común, respetando o resguardando la salud, conlleva al vivir bien, como previene el art. 8.II de la Ley Fundamental; pero también es un fin del Estado, tal cual lo establece el art. 9.5 de la referida norma suprema, al señalar que son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley 'Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y el trabajo'". En lo que se refiere al derecho a la salud, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0776/2012 de 13 de agosto, determinó: "El derecho a la salud reclamado por los accionantes, se halla previsto como derecho fundamental en el art. 18.I de la CPE, sobre cuyo entendimiento, en la jurisprudencia constitucional desarrollada en la SC 0653/2010-R de 19 de julio, se estableció que está: ...desarrollado por los arts. 35 al 44, de dicha norma Suprema Sección II «La salud y a la seguridad Social» del Capítulo Quinto sobre los «Derechos Sociales y Económicos», Título Segundo «Derechos Fundamentales y garantías», de la Primera Parte de la «Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías». Derecho, sobre cuyo entendimiento este Tribunal en la SC 0026/2003-R de 8 de enero, estableció que: «es el derecho en virtud del cual la persona humana y los grupos sociales -especialmente la familia- como titulares del mismo, pueden exigir de los órganos del Estado, en cuanto sujetos pasivos, que establezcan las condiciones adecuadas para que aquellos puedan alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social y garanticen el mantenimiento de esas condiciones. El derecho a la salud no significa solamente el derecho a estar en contra de la enfermedad sino el derecho a una existencia con calidad de vida'. Entendimiento que en el actual orden constitucional encuentra mayor eficacia, puesto, que la salud es un valor y fin del Estado Plurinacional, un valor en cuanto el bienestar común respetando el 'vivir bien', como previene el art. 8.II de la CPE; pero es un fin, tal cual lo establece el art. 9.5 de la CPE, al señalar que: Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley 'Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo'" (resaltado

añadido). III.3. *Jurisprudencia respecto al derecho a la dignidad.* La SCP 0579/2012 de 20 de julio, señala que: “El art. 21.2 de la CPE, instituye dentro de los derechos civiles y políticos, el derecho a la dignidad; el art. 22 a su vez, menciona que la dignidad y la libertad personal son inviolables y que el respetarlas y protegerlas son un deber primordial del Estado. Por su parte, el art. 8.II de la Norma Suprema, indica que el Estado se sustenta entre otros valores en el de ‘dignidad’. La dignidad humana es inherente a la condición misma del ser humano, lleva en sí la obligatoriedad del respeto al ser humano como un ser pleno de derechos. Este es un derecho que ha sido desarrollado por la doctrina y la abundante jurisprudencia internacional en el orden constitucional. La SC 0483/2010-R de 5 de julio, dispuso: ‘En lo que respecta a la supuesta violación del derecho a la dignidad, cabe señalar que el art. I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DHDH), señala que: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». La dignidad personal, implica reconocer al otro como otro yo, y al Estado, le corresponde reconocer, garantizar y promover la dignidad y los derechos humanos, desechar los obstáculos que se oponen a ello, su acatamiento es la base del Estado de Derecho. Definir la dignidad de la persona no es posible, sólo podemos apreciar su vulneración, la que se concreta cuando se perturba, amenaza o priva de los derechos esenciales a la persona, o se denigra o humilla, cada vez que se discrimina. De esta forma, la dignidad de la persona, constituye una realidad ontológica constitucional, siendo la esencia y fundamento de los derechos humanos”. III.4. *Sobre la estabilidad laboral.* El nuevo orden constitucional protector de los trabajadores y de la estabilidad laboral instaurado en el Estado Plurinacional de Bolivia a partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado el 7 de febrero de 2009, cuando en su art. 49. III, determina que: “El Estado protegerá la estabilidad laboral. Se prohíbe el despido injustificado y toda forma de acoso laboral. La ley determinara las sanciones correspondientes”. El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo constituyen un núcleo, no sólo de los derechos socioeconómicos, sino también de los derechos humanos fundamentales. Un denominador central de derechos relacionados con el trabajo, en términos de su objeto o contenido, parece ser ‘una labor’ (trabajo). En su tradicional por estrecho sentido, el trabajo ha sido percibido como un medio de ganarse la vida, o en otras palabras, sólo un medio de supervivencia económica. A principios del siglo XX, otra perspectiva más importante y global empezó a ser discutida: la interdependencia entre las condiciones laborales, la justicia social y la paz universal. Adicionalmente las percepciones modernas han intensificado positivamente el concepto del trabajo como valor humano, una necesidad social y un medio de auto-realización y desarrollo de la personalidad humana” (Drzewcki). El art. 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo que le asegure a ella como a su familia, una existencia con forme a la dignidad humana”. En ese sentido el art. 46 de la CPE, consagra: I. Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud

*ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna. 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias. II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas. III. Se prohíbe toda forma de trabajo forzoso u otro modo análogo de explotación que obligue a una persona a realizar labores sin su consentimiento y justa retribución". El art. 48. II, que expresa que: "Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador. El vocablo estabilidad deriva del latín *stabilitás*, que denota la idea de estabilidad, solidez, firmeza, consistencia; es la base de la vida económica del trabajador y su familia". Respecto al protecciónismo estatal, Guillermo Cabanellas de Torres señala: "Se delinea el derecho al trabajo como el que tiene todo individuo, en relación al Estado, para que éste le facilite o provea, en caso de crisis o falta de actividad laboral productiva (...). El derecho al trabajo no sólo se correlaciona con el deber y la función social del trabajo, sino que deriva de otros derechos, como el de la propia subsistencia y el del mantenimiento familiar". A manera de colofón, el intervencionismo del Estado, se concreta preferentemente a través de la jornada laboral máxima, y de los descansos mínimos, el establecimiento de salarios mínimos, el resarcimiento por despidos injustificados (...)".* Humberto Podetti, al referirse al principio *in dubio pro operario* ha señalado que éste ha pasado a ser "una especie, dentro del principio generalizado, del favor debilis. Mozart Víctor Russomano, por su parte, señala que toda estabilidad "o es absoluta o no es estabilidad". El Convenio C158 de la Organización Internacional del trabajo (OIT) Sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en su art. 4, establece que: "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio". Por otra parte este Convenio en su art. 8, reconoce el derecho del trabajador a recurrir ante la autoridad competente cuando considere que la terminación de su relación de trabajo es injustificada. III.4.1. Jurisprudencia. La SCP 0718/2012 de 13 de agosto, ha señalado: "La Constitución Política del Estado vigente, a diferencia de la Constitución Política del Estado abrogada, refuerza la protección al trabajador en cuanto sujeto de la relación jurídico-laboral, estableciendo y en su caso elevando a rango constitucional, principios procesales inherentes a la materia que protegen al trabajador, como el sujeto más débil de dicha relación, sometido a las contingencias del capital y de modelos económicos de explotación de la fuerza laboral, que en situaciones de crisis o de desempleo, puede verse forzado a resignar condiciones de trabajo dignas e inclusive derechos, que por naturaleza son 'irrenunciables', lo que se traduce en condiciones de subempleo, rebaja de salarios, ausencia de pago de prestaciones sociales, contratación temporal, etc. que en caso de no ser acatadas por el trabajador, pueden determinar inclusive su despido, por no someterse a las nuevas condiciones de

trabajo que se le plantean, lo que naturalmente tendrá incidencia en su entorno familiar y social. En ese sentido, el art. 48.I de la CPE, establece que: 'Las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio'. El párrafo II de dicho artículo prescribe que: 'Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador' El párrafo III, prevé que: 'Los derechos y beneficios reconocidos en favor de las trabajadoras y los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos'. Al respecto, la SC 0032/2011-R de 7 de febrero, conceptualizando los principios informadores del derecho al trabajo, señaló: "a) Principio de protección y tutela.- Llamado así porque la razón del derecho laboral es esencialmente de protección, de ahí que si se emiten normas laborales, éstas tienen que estar orientadas al resguardo del trabajador; dicho de otro modo no se busca la paridad jurídica sino la de establecer un amparo preferentemente a favor del trabajador. b) Principio de imperatividad o irrenunciabilidad de derechos laborales.- Se funda en la imposibilidad jurídica de privarse por voluntad propia de los derechos que se consagran a favor del trabajador; es decir, la renuncia a los beneficios legales no tienen validez alguna. c) Principio de buena fe.- Constituye un elemento esencial que debe primar en todo contrato de trabajo, para que las relaciones laborales no se quebranten y pierdan consistencia, concibiéndose el objeto de las leyes laborales como de protección y amparo del trabajador. d) Principio de justicia social.- Se integra con los deberes de colaboración y solidaridad; es decir, como aquella justicia que rectifica una situación social que implique una injusticia. e) Principio de equidad.- Constituye un elemento importante para el esclarecimiento de un precepto legal previamente formulado; dicho de otra forma, la aplicación de la equidad hace posible humanizar sin desvirtuar la norma legal cuando ésta es oscura o dudosa". Asimismo, siempre sobre el principio de protección al trabajador, el extinto Tribunal Constitucional en la SC 0049/2003-R de 21 de mayo, donde se sometió a juicio de constitucionalidad el principio de inversión de la prueba, se señaló: 'La razón del nacimiento del Derecho del Trabajo es esencialmente protectora. Se sancionan las normas legales precisamente para proteger a los trabajadores con el fundamento de tratar de disminuir, reducir o paliar la desigualdad notoria, objetiva y evidente que existe entre el trabajador y el empleador en la sociedad, desde el punto de vista material, económico y social'. Asimismo, la SC 0059/2006-R de 5 de julio, estableció: 'Este principio protectorio, llamado también, de protección tutelar, a favor del trabajador, pro operario, -entre otros-, responde a la necesidad de mantener la igualdad entre las partes que intervienen en el contrato de trabajo, compensando la desigualdad económica y la debilidad del trabajador frente al empleador. Se entiende que la norma de trabajo quebranta el tradicional principio de la igualdad jurídica de las partes creando una desigualdad protectora del trabajo humano y de la persona del trabajador; sin embargo, esta desigualdad protectora persigue en definitiva una igualdad de hecho, para paliar

la menor capacidad de negociación del trabajador a la hora de pactar las condiciones de su contrato. La base de la relación laboral es la situación de hiposuficiencia del trabajador, situación socio real que lo lleva a incorporarse como trabajador subordinado a las empresas. Esta hiposuficiencia que en época de crisis se agudiza y aumenta, torna imperiosa la necesidad de afirmar con más fuerza el principio protectorio. Sólo basta observar la caracterización que se ha dado a la relación de dependencia personal, propia del contrato de trabajo, como la posibilidad que tiene el empleador de dar órdenes y de sustituir en todo momento la voluntad del trabajador por la suya (dependencia jurídica), para comprender aún más la necesidad de un estado protector y garantista". III.5. Excepción al principio de subsidiariedad. El Auto Constitucional 0160/2012-RCA de 2 de octubre ha señalado: "Dentro de la amplia línea jurisprudencial, se ha establecido excepciones al principio de subsidiariedad cuando la remisión a los procedimientos ordinarios signifique un perjuicio irremediable o irreparable en los derechos o garantías del actor; entendimiento que ha sido asumido por el Tribunal Constitucional; cuando por ejemplo, ha otorgado la tutela provisional del amparo por perjuicio o daño irreparable. Como la SC 0119/2003-R de 28 de enero, estableció que: '...una de las características inherentes a la naturaleza jurídica del Amparo Constitucional es la subsidiariedad, lo que significa que esta vía tutelar sólo se activa cuando la persona no tiene o no cuenta con ningún otro recurso o vía legal para la reparación inmediata, efectiva e idónea de sus derechos fundamentales o garantías constitucionales vulnerados por actos u omisiones ilegales o indebidas, salvo que la restricción o supresión de los derechos o garantías constitucionales ocasione un perjuicio irremediable o irreparable, en cuyo caso, de manera excepcional, se activa el Amparo Constitucional para otorgar una tutela efectiva e inmediata que evite la consecuencia irremediable', entendimiento que se ha mantenido en las SSCC 0131/2010-R y 0126/2010-R en entre otras. Dicha excepción, debe ser aplicada a los supuestos en que se alegue lesión al derecho a la seguridad social debido a su vinculación con otros derechos fundamentales, como la vida, la salud física y psicológica y la dignidad, de los cuáles son base y fundamento. En ese sentido, debe entenderse que el ejercicio de estos derechos no puede estar supeditado al agotamiento de medios de impugnación existentes que, en la mayoría de los casos, no son resueltos con la inmediatez que los derechos protegidos exigen; y por lo mismo, no se constituyen en medios idóneos e inmediatos para la tutela de derechos que requieren una rápida protección, pues en la medida en que exista demora en hacerlo efectivo el derecho social, la persona no podrá desarrollar su vida dignamente, ante la falta de recursos para afrontar las necesidades básicas que tiene como ser humano. A ello debe agregarse que, como se tiene señalado, la seguridad social es un instrumento de justicia social; y, en ese entendido, debe prevalecer el derecho sustantivo frente a las formalidades. En este sentido, debe buscarse la justicia material que ha sido desarrollada por este Tribunal en diferentes sentencias, haciendo excepciones, inclusive a los principios de subsidiariedad e inmediatez, siendo necesario hacer notar que el accionante concluyó con todos los reclamos pertinentes ante la instancia administrativa quienes no dieron una atención oportuna a sus

observaciones, reclamos y peticiones que fueron constantes". III.5. Análisis del caso concreto. La accionante, alega la vulneración de sus derechos a la vida, a la salud y a la estabilidad laboral, por cuanto el año 2006 después de un proceso de selección, ingresó a trabajar en el SEDES de Cochabamba, más propiamente como odontóloga del Hospital de Aiquile, cargo en el cual fue objeto de varias transferencias, para finalmente ser ubicada en la Red de Salud de la provincia Cercado de Cochabamba en virtud de un proceso de reclamaciones por su parte que dieron lugar a dicho extremo, hasta que mediante Memorándum de 16 de abril de 2013 la autoridad ahora demandada dispuso su transferencia al Hospital de Aiquile, decisión que no pudo cumplir en virtud de su delicado estado de salud que le impide realizar viajes y esfuerzos físicos, por lo cual recibió presiones, razón que le motivó a activar los recursos de impugnación en sede administrativa, quedando pendiente de resolución el Recurso Jerárquico interpuesto, no obstante de haber procurado trasladarse de Aiquile el 13 de julio de ese año, cometido que no fue cumplido debido a que en el recorrido a su destino sufrió de pérdida de conocimiento derivando en que sea atendida en el Centro Médico "Señor de Mayo", situación que fue comunicada al SEDES el 15 del mismo mes acompañando la correspondiente baja médica que posteriormente fue otorgada también por el 29 y 30 de igual mes y año, justificaciones que no lograron revertir el Memorándum de transferencia. Hecha la valoración de antecedentes y considerando que el art. 128 de la CPE, dispone que la acción de amparo constitucional ha sido instituida como una acción tutelar de defensa contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la misma Constitución y la ley, se concluye lo siguiente: La Resolución Administrativa de Revocatoria 01/2011 de 7 de abril, pronunciada por el Director Técnico del SEDES de Cochabamba determinó revocar el Memorándum 19407 de 3 de marzo de 2011, determinando y autorizando su traslado al Hospital Viedma de Cochabamba por los motivos de salud que hacen a la presente acción de amparo constitucional, estableciéndose que para la continuación de su traslado para la gestión 2012, debía someterse a otros exámenes médicos a fines de noviembre de 2011, debiendo además cumplir con la obligación de informar al SEDES de cualquier cambio que aconteciese en su situación de salud. Dando cumplimiento a la condición inserta en la Resolución Administrativa de Revocatoria 01/2011 de 7 de abril, la ahora demandante presentó solicitud a dicho efecto a la unidad de Servicios Médicos del SEDES Cochabamba el 17 de noviembre de 2011, misma que fue reiterada el 30 del mismo mes y año a través de la presentación de certificados médicos que a su criterio acreditaban su delicado estado de salud, requiriendo se determine su permanencia en su lugar de trabajo, pedido que fue repetido a través de carta de 12 de noviembre de 2012; sin embargo, no existe constancia alguna de actuados administrativos por parte del SEDES para efectivizar los controles médicos destinados a determinar la condición de salud de la ahora accionante. El 3 de abril de 2013, la ahora demandante requirió de José Domingo Claros Fernández, ordene se le practiquen los exámenes médicos para acreditar su estado de salud; sin embargo, fue

emitido el Memorándum 24159 de 16 del mismo mes y año, en el que la autoridad demandada determinó la transferencia de la accionante Sonia Isidora Encinas Lamas de Mercado a la Red de Salud de Aiquile, situación ratificada mediante Memorándum 24468 de 27 de junio de 2013, motivo por el cual el 19 de abril de la misma gestión, presentó Recurso de Revocatoria contra el Memorándum 24159 de 16 de abril del mismo año, recurso que dio lugar a la emisión del Auto de 19 de julio de ese año, en el que José Domingo Claros Fernández determinó “no se concede” (sic) la petición efectuada por la ahora demandante, instruyendo el cumplimiento del Memorándum impugnado sin considerar las advertencias expresadas por la ahora demandante respecto a su grave estado de salud, tanto es así que cursan certificaciones de 24 de julio de 2013 del Sindicato “15 de Octubre Tiraque y de la empresa TransCotoca Cochabamba” en las que se detalla el evento relacionado al desvanecimiento de Sonia Encinas Lamas de Mercado, quien en el recorrido de Cochabamba hacia la ciudad de Aiquile requirió de asistencia médica. Si bien, el 29 de julio de 2013, la accionante interpuso Recurso Jerárquico, solicitando la revocatoria del Memorándum 24468 de 27 de junio de 2013, mismo que no fue resuelto hasta la interposición de la presente acción de amparo constitucional, la situación amerita la concesión de la tutela inmediata de la tutela, por cuanto las afirmaciones de Sonia Encinas Lamas de Mercado respecto a que su salud y su propia vida se halla en riesgo no fueron refutadas por la autoridad demandada, siendo intrascendente el hecho que el año 2011 y 2012 no se hubiesen efectuados los exámenes médicos de respaldo para consolidar el traspaso al Hospital Viedma por cuanto no es atribuible a la demandante, debido a que en tres ocasiones solicitó a la unidad de Servicios Médicos del SEDES Cochabamba la realización de los referidos controles médicos. Del análisis de lo ocurrido, se advierte que en efecto, existió una lesión a los derechos a la vida y a la salud de la accionante, resultando claro que la autoridad demandada, ignoró la delicada situación de la ahora demandante, debiendo, en atención a los argumentos expuestos en la presente resolución reconsiderar los memorándums de transferencia, tomando siempre en cuenta la protección que brinda el Estado a la vida y a la salud, más allá de contar con las facultades y atribuciones de disponer el desplazamiento de sus dependientes. De todo lo expuesto, se concluye que el Tribunal de garantías, al conceder en parte la tutela aunque con otros argumentos, evaluó de manera completa los datos del proceso y las normas aplicables al mismo, debido a que se constata la lesión de los derechos invocados por la accionante, no obstante que los efectos serán modulados en la parte resolutiva. POR TANTO. El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Tercera; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; en revisión, resuelve: 1ºCONFIRMAR la Resolución 010/2013 de 22 de agosto, cursante de fs. 194 a 200, pronunciada por la Sala Social y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba; y, en consecuencia. 2ºCONCEDER tutela respecto a los derechos a la vida y a la salud invocados por la accionante hasta que se practiquen los exámenes médicos que correspondan y que permitan concluir de manera veraz y efectiva en

relación a su estado de salud para posteriormente determinar lo que en derecho corresponda, a través del jerárquico. Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional. Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños - MAGISTRADA. Fdo. Tata Gualberto Cusi Mamani - MAGISTRADO. (SCP 0127-2014-AAC (10-01); SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0127/2014; Sucre, 10 de enero de 2014; SALA TERCERA; Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños; Acción de amparo constitucional; Expediente: 04572-2013-10-AAC; Departamento: Cochabamba)

COLÔMBIA

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. PEDIDOS DE FRALDAS. *Acciones de tutela instauradas por Martha Cecilia Duque Jurado en representación de su padre José Arturo Duque Jaramillo, contra la EPS SOS (T-4104259); Luz Enedy Morales Giraldo como agente oficiosa de su padre José Fernando Morales Marín, contra la Nueva EPS (T-4108064); Yolanda Carrillo en representación de su hermana Mercedes Carrillo, contra Coomeva EPS (T-4108588); Dina Luz Oróstegui en representación de su hija María Angélica Parra Oróstegui, contra Famisanar EPS (T-4108957); y Alfonso de Jesús Alzate Jiménez como agente oficioso de su esposa María Surama Orjuela Castellón, contra la Nueva EPS (T-4111571), acumulados. Magistrado ponente: NILSON PINILLA PINILLA. Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil catorce (2014). La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente. SENTENCIA. En la revisión de los fallos dictados por los Juzgados 3º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales (T-4104259); 3º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (T-4108064); 6º Penal Municipal de Barranquilla (T-4108588); 13 Penal Municipal de Bogotá (T-4108957); y 17 Civil del Circuito de Medellín (T-4111571), respectivamente, dentro de las acciones de tutela incoadas por Martha Cecilia Duque Jurado en representación de su padre José Arturo Duque Jaramillo, contra la EPS SOS (T-4104259); Luz Enedy Morales Giraldo como agente oficiosa de su padre José Fernando Morales Marín, contra la Nueva EPS (T-4108064); Yolanda Carrillo en representación de su hermana Mercedes Carrillo, contra Coomeva EPS (T-4108588); Dina Luz Oróstegui en representación de su hija María Angélica Parra Oróstegui, contra Famisanar EPS (T-4108957); y Alfonso de Jesús Alzate Jiménez como agente oficioso de su esposa María Surama Orjuela Castellón, contra la Nueva EPS (T-4111571). Los respectivos expedientes llegaron a esta corporación por remisión efectuada por los referidos despachos judiciales, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución, y 31 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto de octubre 31 de 2013, la Sala Décima de Selección decidió acumular entre sí los expedientes T-4104259, T-4108064, T-4108588, T-4108957 y T-4111571, por presentar unidad de materia y ser posible fallarlos en una sola*

sentencia, como en efecto realizará esta Sala, a la que correspondió el reparto. I. ANTECEDENTES. (...) II. ACTUACIONES PROCESALES. (...) III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Primera. Competencia. La Corte es competente, en Sala de Revisión, para analizar los fallos proferidos dentro de las acciones en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Segunda. El asunto objeto de análisis. Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida en condiciones dignas, alegados por los demandantes en esta acumulación de expedientes, al negarse a suministrar ciertos elementos no incluidos en el POS y prestar presuntamente de forma deficiente la atención integral en salud. Tercera. Cuestión previa. Legitimación por activa y por pasiva. Reiteración de jurisprudencia. 3.1. De conformidad con el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, “se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. Al respecto, en sentencia T-202 de febrero 28 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se reiteró que la agencia oficiosa encuentra fundamento en el principio de solidaridad, ante “la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa”, agregando: “El propósito de la misma consiste en evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perficie la situación amenazante que pesa sobre ellos. Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del Derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta. Es, por ello, una forma de lograr que opere el aparato judicial del Estado, aún sin la actividad de quien tiene un interés directo. Se trata de lograr la atención judicial del caso de quien actualmente no puede hacerse oír. Es en su interés que se consagra la posibilidad de que el Estado obre a partir de la solicitud del agente oficioso.” 3.2. Corresponde entonces al juez de tutela verificar en cada caso si, en efecto, el titular de los derechos cuya protección se busca por esta vía judicial no puede ejercer por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales. En los antecedentes expuestos se evidencia que en todos los casos bajo estudio, los agenciados padecen enfermedades que en la mayoría de los eventos implican postración en cama y severas dificultades de movilización, por edad y/o por condiciones de salud, todo lo cual torna verosímil la imposibilidad física para ejercer por sí mismos la defensa de sus derechos fundamentales, que asumieron personas del más cercano núcleo familiar respectivo, dándole plena viabilidad al ejercicio del amparo. 3.3. Adicionalmente, algunas de las tutelas fueron formuladas contra entes públicos y las que lo fueron contra particulares, involucran a encargados de prestar el servicio público de salud, que están plenamente legitimados por pasiva (inc. final art. 86 Const. y artículos 1º y 42.2 D. 2591/91). Cuarta. Derechos de los sujetos de especial protección constitucional a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia. 4.1. En múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional ha analizado la seguridad social

y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales; no obstante ello, se les ha reconocido expresamente carácter de derechos fundamentales per se, ubicados como un mandato propio del Estado social de derecho, hacia el ensamblaje de un sistema conformado por entidades y procedimientos tendientes a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar social, orgánico y psíquico de los seres humanos. Están erigidos y garantizados con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento y apuntalamiento de la calidad de vida de los asociados. 4.2. Aunado a lo anterior, esta Corte ha consolidado que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto a los derechos a la seguridad social y a la salud, con mayor razón frente a grupos de población que se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están los niños, niñas y adolescentes, las personas de avanzada edad y quienes se encuentren en condición de discapacidad. De tal manera ha expresado: “El criterio anterior ha sido complementado y precisado por la propia jurisprudencia, en el sentido de señalar que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela.” 4.3. La especial protección constitucional para niños, niñas y jóvenes, resulta fundamental y prevalente según lo emanado del artículo 44 superior, como lo ha reiterado esta Corte, por ejemplo en fallo T-036 de enero 28 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, donde expresó: “... los niños y las niñas son sujetos de especial protección, ... su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad... sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbre su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. Los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías constitucionales.” 4.4. Respecto a la especial condición en que se encuentran las personas de edad avanzada, la Corte ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 superior, primordialmente por el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna, como se hizo constar, entre otros, en fallo T-1087 de diciembre 14 de 2007, M. P. Jaime

Córdoba Triviño: "Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece: '25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables..."

4.5. En el integral fallo T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se reafirmó que "el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional". 4.6. También es clara la protección constitucional para las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, como puede constatarse, entre otras, en la sentencia T-035 de febrero 3 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: "Según el ordenamiento constitucional e internacional, en el caso del tratamiento de una persona con discapacidad física o psíquica merece una especial protección y su tratamiento debe ser especializado, ya que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y deben ser sujetos de atención adecuada... 'De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran'" Quinta. Reglas para inaplicar las normas del POS. Reiteración de jurisprudencia. 5.1. En muchas oportunidades, esta corporación ha resaltado que la reglamentación y aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS, con el argumento exegético de la exclusión en el POS, interpreta de manera restrictiva la reglamentación y evade la práctica de servicios, procedimientos, intervenciones o el suministro de medicinas o elementos, necesarios para preservar la vida de calidad de los pacientes y su dignidad.

5.2. A partir del fallo T-760 de 2008 precitado, se definieron subreglas precisas, que el juez de tutela debe observar cuando frente a medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios, indispensables en la preservación o recuperación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o realización. En la mencionada sentencia se puntualizó, sin embargo, que "el hecho de que excepcionalmente en un caso concreto una persona requiera un servicio de salud no incluido en el POS, y se le garantice el acceso al mismo, no tiene como efecto modificar el POS e incluir tal servicio. El servicio no incluido al que se haya garantizado el acceso en un caso concreto, permanece como un servicio no incluido dentro del Plan y sólo podrá ser autorizado, excepcionalmente, por las condiciones específicas en que se encuentra el paciente, sin perjuicio de que la experiencia y los estudios lleven a que el órgano

regulador decida incluir dicho servicio en el plan de beneficios". Así, en dicho fallo se indicó que la acción de tutela procede para lograr una orden de amparo en este ámbito cuando, en principio, concurren las siguientes condiciones: "1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas. 2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad. 3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente. 4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido". 5.3. Ahora bien, debido a diversas situaciones, especialmente frente a la necesidad de cumplimiento adecuado de la Constitución y protección integral del derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional, dichas subreglas han recibido algunas precisiones, a fin de acompañarlas aún más al espíritu de salvaguarda constitucional. En tal sentido, en relación con la primera subregla atinente al riesgo a la vida e integridad personal por la no prestación de un servicios de salud, la Corte precisó que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no solo para sobrevivir sino para desempeñarse adecuadamente, de modo que las afecciones que pongan en peligro su dignidad deben ser superadas o paliadas; por ello, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación y conseguir alivio a sus dolencias, en procura del "respeto de la dignidad". En varias oportunidades, esta corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la preservación de unas condiciones tolerables, que permitan subsistir con dignidad y, por tanto, para su protección no se requiere estar enfrentado a una situación inminente de muerte. La Corte se ha ocupado de múltiples solicitudes de amparo frente a alegaciones de vulneración de los derechos a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas, cuando las empresas prestadoras del servicio respectivo no autorizan un procedimiento, intervención o medicamento científicamente indicado para superar, o al menos paliar, una afección. Recuérdese, por ejemplo, que en sentencia T-949 de octubre 7 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, se concedió el amparo a una mujer que requería un medicamento, negado por la EPS y por el juzgado de instancia, sobre la base de que su falta no le estaba amenazando derechos fundamentales al punto de poner en peligro su vida, siendo claro que lo anhelado no es la mera garantía de pervivencia en cualquier condición, sino con dignidad y los menores padecimientos posibles. 5.4. En torno a la segunda subregla, atinente a que los medicamentos no tengan sustitutos en el POS, esta Corte ha afianzado dicha condición, siempre y cuando se demuestre la efectividad y calidad de lo sí incluido, frente a los que no lo están. En fallo T-873 de octubre 19 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se resolvió un caso donde la actora pedía a la EPS suministrar un medicamento no relacionado en el POS, que sí tenía un sustituto, con comprobada efectividad y menor riesgo de efectos secundarios en la paciente, según lo indicado por el médico tratante, enfatizándose entonces que la EPS no está obligada a entregar la medicina excluida del POS, a

*fin de otorgarle al paciente su personal preferencia, menos aún cuando científicamente se constata que en el POS hay opción para afrontar la enfermedad con un medicamento de calidad y comprobada efectividad. 5.5. Frente a la tercera subregla que, según la sentencia T-760 de 2008 exige la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta corporación ha efectuado diversas precisiones. En primer lugar, ha enfatizado que esa subregla debe respetarse *prima facie*, debido a que es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y científicas para verificar la necesidad e idoneidad de elementos, procedimientos o medicamentos, condiciones de las cuales, por su formación, carece el administrador de justicia. Empero, esta corporación también ha señalado que cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, no puede la EPS quitarle validez y negar el servicio, basada en la no adscripción, pues solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional. Frente a lo anterior, en segundo lugar, cuando los conceptos de médicos, adscritos o no, son sometidos a escrutinio del Comité Técnico Científico (CTC), no se puede desestimar la prescripción basándose en argumentos de carácter procedural, financiero o administrativo, ya que “el CTC solamente puede negar la autorización de un servicio NO-POS, cuando se sustenta en una opinión médica sólida que fundamentalmente la posición contraria... Al no ser de esta forma, prevalecerá el criterio de este, quien es profesional en la materia y tiene contacto directo y cercano con la realidad clínica del paciente”. En conclusión, cuando existe discrepancia entre los conceptos del médico tratante y el CTC, debe prevalecer, *prima facie*, el del primero, debido a que es él, quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor la condición de salud del paciente. Ahora bien, como tercer punto atinente a la subregla en cuestión, ha de manifestarse que esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no exista orden de médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso, sea la historia médica o algún pronunciamiento científico, o por incuestionable evidencia, la real necesidad y eficacia de lo requerido. Por ejemplo, en sentencia T-202 de febrero 28 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se estudió el caso de una señora de 85 años que estaba en “postración total”, padeciendo “Alzheimer... con apraxia para la marcha” y pérdida de control de esfínteres, negándose proveer pañales desechables por no estar incluidos en el POS, ni haber sido formulados por un médico adscrito, no obstante lo cual se ordenó a la EPS autorizar “los paquetes mensuales de pañales desechables que requiere la paciente”. Al respecto, se indicó que la negativa a entregar esos elementos comprometía “aún más la dignidad de su existencia, pues a la inabilidad para controlar esfínteres y su avanzada edad, se suma la imposibilidad de desplazarse y que la piel se le ha estado ‘quemando’ o ‘pelando’, sin que la EPS demandada haya acreditado situación económica adecuada de alguno de los comprometidos a solventar la subsistencia de la señora para costear los implementos reclamados”, hallándose sin*

fundamento “la suposición contenida en el fallo de instancia de que los hijos de la enferma, quien carece de pensión o renta alguna, ‘podrían eventualmente, sufragar los gastos para el suministro de estos pañales’”. Así mismo, la Corte en fallo T-899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria a causa de una cirugía realizada en el ISS, y a pesar de ello no le formularon médicaamente pañales, que se ordenó entregarle, pese a que no aparecía formulación médica, pero resultando obvia la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y atendiendo la carencia de recursos para pagarlos. 5.6. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad económica de los accionantes, esta Corte ha insistido que debido a los ya referidos principios de solidaridad y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías, solo asume aquellas cargas que por real incapacidad no puedan erogar los asociados. Así, en la ya referida sentencia T-760 de 2008, se explicó que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a la atención fisiológica, pero “cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad”. Tratándose de la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos, implementos y servicios, la Corte ha indicado reiteradamente que no es una cuestión “cuantitativa” sino “cualitativa”, pues depende de la situación socioeconómica del interesado y de las obligaciones que sobre él pesen. Al respecto, en tal fallo T-760 de 2008 se lee: “El derecho al mínimo vital ‘no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante’. Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona.” Así se indicó también, por ejemplo, en el fallo T-017 de enero 25 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva (no está en negrita en el texto original): “La idea de que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y normalmente escasos ha llevado a un consenso sobre la relevancia de reservarlos a asuntos prioritarios. En el ámbito de la acción de tutela, esto significa que deben ser invertidos en la financiación de prestaciones que no pueden ser asumidas directamente por sus destinatarios. La falta de capacidad para sufragar los medicamentos, tratamientos, procedimientos o elementos que son ordenados por el médico tratante pero no están incluidos en el plan de beneficios de salud del paciente es, en efecto, y de conformidad con lo reseñado en el acápite anterior, uno de los requisitos que deben acreditarse en orden a obtener su autorización por esta vía excepcional. Tal exigencia ha sido asociada

a la prevalencia del interés general y, sobre todo, al principio de solidaridad, que les impone a los particulares el deber de vincular su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Así, la jurisprudencia constitucional ha entendido que quienes cuentan con capacidad de pago deben contribuir al equilibrio del sistema, sufragando los medicamentos y servicios médicos NO POS que requieran, en lugar de trasladarle dicha carga al Estado, que se vería limitado para hacer realidad su propósito de ampliar progresivamente la cobertura del servicio de salud.” 5.7. Acorde con todo lo hasta aquí consignado, debe entonces examinarse, en cada caso específico, si el paciente cumple esas condiciones jurídicas y fácticas, de acuerdo a lo estipulado normativamente y por la jurisprudencia, para que sean amparados los derechos a la salud, la vida en condiciones dignas y la integridad personal, a saber: (i) La falta del servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento, vulnera o pone en riesgo los derechos a la salud, la vida, la integridad personal y/o de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava o no atenua la afectación de la salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas. (ii) El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido, con el mismo nivel de calidad y efectividad. (iii) El servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento ha sido dispuesto por un médico, adscrito a la EPS o no, o puede inferirse claramente de historias clínicas, recomendaciones o conceptos médicos que el paciente lo necesita, siendo palmario que si existe controversia entre el concepto del médico tratante y el CTC, en principio prevalece el primero. (iv) Se colija la falta de capacidad económica del peticionario o de su familia para costear el servicio requerido, dejando claro que, por el principio de buena fe y la protección especial que debe darse a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por los accionantes, corriendo sobre las entidades prestadoras del servicio de salud la carga de probar en contrario. Sexta. Los casos concretos. 6.1. Procedencia de las acciones de tutela. Según se afirmó en las consideraciones precedentes, en la medida en que se dirijan a proteger el derecho fundamental a la salud, son per se procedentes las acciones de tutela incoadas por o en representación de sujetos merecedores de especial protección constitucional, como niños, niñas, jóvenes, personas de avanzada edad y, en general, quienes se hallen en condición de discapacidad, que enfrentan específicas condiciones susceptibles de amparo bajo los postulados del artículo 13 superior, entre otras normas. En tal sentido, esta Sala verifica que todas las personas por quienes fueron promovidas las acciones acumuladas, a decidir en este fallo, están amparadas bajo esos supuestos de salvaguarda constitucional, que conllevan que sean procedentes, teniendo en cuenta el deber del Estado de otorgar protección especial a quienes están en circunstancias de indefensión y debilidad, al “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud”, sea “por el desgaste natural del organismo” o por las enfermedades padecidas, según se comprendía a continuación. 6.2. Análisis específicos sobre cada solicitud de tutela. Para la evaluación de los casos concretos, donde la mayoría de peticiones van dirigidas a buscar el suministro de elementos y

procedimientos excluidos del POS, serán atendidos los postulados expuesto en el acápite 5.7. de estas consideraciones. 6.3. En el expediente T-4104259, la agente oficiosa del señor José Arturo Duque Jaramillo, de 89 años de edad, afirmó que él sufre incontinencia urinaria, debido a que padece “enfermedad renal crónica”, además de “demenxia y aneurisma de aorte abdominal”, siendo el actor “dependiente de los pañales”, por lo que solicitó a la entidad demanda y sus médicos adscritos tal suministro, sin otorgársele, bajo el argumento de encontrarse dentro del POS (f. 1 cd. inicial respectivo). En el asunto objeto de estudio, si bien no figura orden médica proferida ya sea por el galeno tratante, por otro adscrito a la empresa demandada o por uno externo, mediante la cual se hayan prescrito los pañales desechables requeridos por la parte actora, ello no impide que, por la condición de sujeto de especial protección del señor Duque Jaramillo, se asuma que, al venir utilizando dicho implemento desde hace aproximadamente 4 años y no hallarse demostrada la capacidad económica propia ni familiar para erogar su valor, se ordene la provisión y, así, hacer más llevaderas sus afecciones. Aunado a lo anterior, de los asertos de la EPS demandada se colige que (i) acepta la realidad de la condición de salud del agenciado y (ii) da por cierta la necesidad planteada en la solicitud de la parte accionante, limitándose a justificar la negativa en que los pañales no se encuentran incluidos en el POS. Frente a la capacidad monetaria, ciertamente la familia tiene el deber moral, afectivo y económico de atender cada uno de los padecimientos de su anciano integrante pero, desde otra perspectiva, le es indispensable recibir ayuda externa, de variada connotación, ante la afirmada y no controvertida insuficiencia de recursos propios para solventar todo lo necesitado. Si bien el afectado y su núcleo familiar venían asumiendo desde hace 4 años aproximadamente la carga económica adicional, no aparece desmentida la afirmación de que su fuente de ingresos (pensión de \$1.600.000, f. 22 ib.) no es suficiente, pues acorde con la declaración juramentada que realizó la propia agente oficiosa, hija del actor, los gastos familiares son “de arriendo pago \$700.000, facturas \$320.000, de mercado \$400.000, les pago a mis padres EMI porque vivo sola y me da miedo una emergencia \$96.000 el paquete, las cuotas moderadoras son en cada cita \$9.100 y mi mamá tiene cada mes control, en taxis me gasto \$30.000, las toallas para la incontinencia de mi madre \$26.000, el gasto de los pañales de mi padre \$93.000 y eso que intento no cambiarlo mucho, también debo decir que cancelo de cuota al fondo nacional del ahorro \$380.000” (f. 23 ib.). Así, se constatan las reglas para dar aplicación directa a la Constitución frente a las normas que fijan el POS y otorgar la provisión de los pañales desechables que requiere el agenciado. En consecuencia, se revocará la sentencia única de instancia dictada en agosto 9 de 2013 por el Juzgado 3º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, que había negado el amparo pedido. En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna del señor José Arturo Duque Jaramillo, identificado con cédula de ciudadanía 1.215.298 de Manizales, ordenando a la EPS SOS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y haga suministrar al agenciado los

pañales desechables, proveyendo estos en la calidad, cantidad y periodicidad que sea necesario. 6.4. En el expediente T-4108064 la agente oficiosa del señor José Fernando Morales Marín, de 80 años de edad, indicó que él padece “cáncer en múltiples partes del cuerpo” y sufre “úlcera en tejidos blandos ocasionados por postración en cama desde hace 2 años, por lo que requiere atención médica domiciliada”. La Nueva EPS autorizó consulta médica en casa, que aún “no hemos recibido”; así, mediante esta acción de amparo pidió ordenar a la demandada “el suministro permanente de medicamentos y elementos respectivos, como son insumos de curación e higiene para laceraciones, pañales, pañitos húmedos, guantes, suplemento alimenticio líquido... como también el servicio de ambulancia para el traslado a los centros hospitalarios cuando es requerido” (f. 2 cd. inicial respectivo). La Nueva EPS adujo, dentro del trámite de esta acción, que no le ha negado ningún servicio y, además, no existe “orden médica vigente” sobre los procedimientos y suministros solicitados por la parte actora. En este orden de ideas, respecto a los pañales, pañitos húmedos, suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, si bien tampoco figura orden médica expedida por el galeno tratante u otro, mediante la cual se le hayan recetado los elementos pedidos, ello no impide que, por la condición de sujeto de especial protección (longevo postrado en una cama) del señor José Fernando Morales Marín, se infiera como imperiosa la concesión del amparo, a partir de lo que se verifica en la historia clínica (fs. 7 a 12 ib.). Respecto a la atención médica domiciliaria, esta fue ordenada por un galeno tratante en abril 26 de 2013 (f. 6 ib.), por ende, ante la existencia de tal orden, aunada a la situación en que se encuentra el actor, sobre la cual existe total certeza, la EPS demandada no puede negar que el médico acuda a la residencia, pues incumpliría sus obligaciones constitucionales. En torno a la capacidad financiera, reiterase que la familia tiene la obligación económica, moral y afectiva de suplir lo necesario, pero es indispensable percibir ayuda, ante la afirmada y no refutada insuficiencia de medios propios para solventar todo lo necesitado. La hija del paciente indicó que su situación económica “ya no es suficiente para seguir atendiendo las necesidades básicas que él requiere en su condición de discapacidad” (f. 2 ib.). No aparece constancia de la existencia de elementos sucedáneos sí incluidos en el POS, aptos para paliar la situación de salud del paciente, mientras la necesidad de la atención médica domiciliaria sí está acreditada en la respectiva orden, no mediando, de otra aparte, contradicción en torno a que el agenciado y sus familiares carecen de capacidad económica para asumir los gastos. Por tanto, será revocado el fallo único de instancia proferido en julio 30 de 2013 por el Juzgado 3º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, que negó el amparo. En su lugar, serán tutelados los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna del señor José Fernando Morales Marín, identificado con cédula de ciudadanía 1.398.703 de Santa Rosa de Cabal, ordenando a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y haga suministrar al agenciado la atención médica domiciliaria, los pañales desechables, los pañitos húmedos, el suplemento alimenticio líquido y las cremas

antipañalitis e hidratante, en la calidad, cantidad y periodicidad que indique el galeno tratante. Así mismo, atendiendo las condiciones especiales en que se encuentra, la accionada le seguirá prestando el tratamiento integral que requiera. 6.5. *En el expediente T-4108588 la agente oficiosa de la señora Mercedes Carrillo, de 79 años de edad, anotó que padece “Alzheimer, demencia senil, hipertensión arterial y pérdida de control de esfínteres”, además está en “incapacidad física... para desplazarse, manteniéndose en cama”, al sufrir una fractura en la pelvis, razón por la cual requiere “pañales desechables para adulto, como así lo determinó el médico tratante del programa Hospital en Casa, del cual hace parte debido a su delicado estado de salud”, por lo que solicitó a Coomeva EPS, en enero 11 de 2013, el suministro de dicho elemento, negado el 30 del mismo mes y año, argumentando que no se encuentra en el POS (f. 1 cd. inicial respectivo). Frente al suministro de los pañales desechables, el médico tratante indicó en marzo 4 de 2013 que la agenciada los requiere (f. 8 ib.). Por la situación en la que ella se encuentra, sobre la cual existe total certeza, la EPS no puede negar tal suministro, so pena de incumplir sus obligaciones constitucionales. Ahora bien, en torno a la capacidad monetaria, está dicho que la familia tiene la obligación económica, moral y afectiva de colaborarle a sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, pero es ciertamente indispensable recibir ayuda externa, ante la no controvertida aseveración de la agente oficiosa, hermana de la enferma, de carecer de recursos suficientes para solventar lo necesitado. Por ende, ha de aplicarse directamente la Constitución, sobre la preceptiva reguladora del POS, tornándose imperioso ordenar la entrega de los pañales desechables que requiere la actora, lo cual conlleva revocar el fallo único de instancia dictado en abril 8 de 2013 por el Juzgado 6º Penal Municipal de Barranquilla, que negó el amparo solicitado. En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señora Mercedes Carrillo, identificada con cédula de ciudadanía 26.981.015 de Barrancas (La Guajira), ordenando a la EPS Coomeva, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo autorice y haga suministrar a la accionante los pañales desechables, proveyendo estos en la calidad, cantidad y periodicidad que sea necesario.*

6.6. En el expediente T-4108957, la representante de la joven María Angélica Parra Oróstegui, de 21 años de edad, refirió que su hija padece “discapacidad cognitiva severa, cuadriparexia espástica holoproncefálea”, de nacimiento, por lo cual requiere “150 pañales desechables etapa 6, crema antiescaras, transporte a citas médicas” de la casa a CEDESNIS y regreso, “ensure y silla de ruedas de acuerdo a especificaciones que emita el fisiatra, teniendo en cuenta sus condiciones particulares, tales como no tener sostén cefálico, ni de columna”. Agregó que “en las ocasiones que ha solicitado a Famisanar EPS todos los requerimientos de mi hija la respuesta es que debe pasar por el comité técnico científico, con el agravante que los medicamentos” requeridos no son del POS (f. 1 cd. inicial respectivo). Respecto a la capacidad económica de la parte demandante, la madre de la joven señaló que trabaja “haciendo oficios por días, pero no tengo como cuidar a mi hija mientras trabajo, debo cancelar arriendo, servicios

públicos, transporte, educación de mi hijo, así que no tenemos como cubrir los gastos de salud de mi hija de manera particular, nuestras condiciones de vida son muy difíciles, vivimos en un extremo de la localidad de San Cristóbal, en una loma lo que hace más penosa nuestra condición”, aserción que no fue rebatida por la empresa demandada (f. 2 *ib.*). Por otro lado, si bien no figura orden médica en la cual se hayan prescrito los procedimientos y elementos solicitados por la señora Dina Luz Oróstegui a favor de su hija, ello no impide que, por el severo estado de discapacidad (92.5 %, cfr. fs. 10 a 18 *ib.*), se infiera la necesidad de conceder lo requerido, ante la imposibilidad de ella para desplazarse por si misma. Conforme a lo analizado, en el caso objeto de revisión se cumplen satisfactoriamente todos los presupuestos para la protección constitucional reforzada de los derechos fundamentales de la agenciada, por lo cual será revocada la sentencia denegatoria del amparo, no recurrida, proferida en julio 25 de 2013 por el Juzgado 13 Penal Municipal de Bogotá. En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna de María Angélica Parra Oróstegui, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.451.178 de Bogotá, ordenando a Famisanar EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, disponga suministrar a la joven enferma, en la calidad, cantidad y periodicidad que médicaamente se indique y por conducto de su señora madre Diana Luz Oróstegui o quien esté autorizado, los pañales desechables etapa 6, la crema antiescaras y el ensure. Además, en cuanto la EPS accionada no ha desvirtuado que sea indispensable para alguien en tan avanzado grado de inmovilidad, le autorizará también la dotación de una silla de ruedas de las características indicadas en fisiatría; de la misma manera, para que la joven enferma pueda acudir a las citas médicas, proporcionará el transporte en el vehículo apropiado, desde la residencia de la paciente a CEDESNIS y regreso, atendiendo las condiciones especiales en las que se encuentra María Angélica Parra Oróstegui, a quien además la EPS accionada le seguirá prestando el tratamiento integral que requiera. 6.7. En el expediente T-4111571 el agente oficioso y esposo de la señora María Surama Orjuela Castrillón, de 65 años de edad, manifestó que ella padece Alzheimer, por lo que requiere el “suministro diario de... pañales desechables, alimentación especial... las cremas para evitar las escaras y antipañalitis y los medicamentos para su enfermedad”, por lo cual pidió en abril 5 de 2013 a la Nueva EPS visita médica domiciliaria y la entrega de los elementos anteriormente mencionados, dado que llevaba “un largo tiempo sin evaluación médica”, pero únicamente fue autorizada la visita domiciliaria para el mes de mayo de ese año, negando los demás requerimientos bajo el argumento de no estar incluidos en el POS (f. 1 *cd. inicial respectivo*). Tratándose de los pañales, pañitos húmedos, suplemento alimenticio, crema antipañalitis y los medicamentos para su enfermedad, si bien no figura orden médica emitida por el galeno tratante u otro, mediante la cual se le hayan prescrito, ello no impide que, por la condición de sujeto de especial protección y por la certeza sobre los hechos verificados en la historia clínica (f. 3 *ib.*), se infiera la imperiosa necesidad de suministrarlos. La atención médica domiciliaria sí fue ordenada por la

Nueva EPS en abril 10 de 2013 (f. 11 ib.), pero solo se le brindó en el subsiguiente mes de mayo; ante la existencia de tal orden, aunada a la situación en que se encuentra la agenciada, sobre la cual existe certeza, la EPS la continuará facilitando. Respecto a la capacidad económica de la parte demandante, el agente oficioso afirmó que “el único ingreso para subsistir es la pensión que espero desde hace nueve meses porque falta que llegue la resolución, salario mínimo que es vital y en este momento ya no tenemos, económicamente, como cubrir estos suministros para su manutención, salud y calidad de vida”, nada de lo cual fue rebatido por la empresa accionada (f. 1 ib.). En consecuencia, será revocado el fallo único de instancia proferido por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Medellín, que negó el amparo solicitado. En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señora María Surama Orjuela, identificada con cédula de ciudadanía 32.435.204 de Medellín, ordenando a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia autorice y haga suministrar la atención médica domiciliaria, los pañales desechables, los pañitos húmedos, el suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, en la calidad, cantidad y periodicidad que sea médica y clínicamente indicada. 7. Admonición a las EPS y petición a la Superintendencia Nacional de Salud. Nuevamente debe advertir esta corporación a las entidades prestadoras de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, que no pueden continuar desconociendo caprichosamente los derechos fundamentales, ni la preceptiva atinente, ni los precedentes jurisprudenciales, hacia la prestación adecuada, expedita y eficiente del servicio de salud, aún con mayor celo a favor de personas que merecen especial protección constitucional, tal como acontece en los casos objeto de estudio en esta sentencia. Ante ello, se enviará copia de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que disponga las actuaciones que encuentre procedentes frente a cada caso amparado, en procura de establecer las responsabilidades a que hubiere lugar, cuya determinación comunicará al respectivo despacho judicial de instancia. IV. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE: Primero. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 3º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales en agosto 9 de 2013, no impugnada, mediante la cual negó la tutela demandada por la señora Martha Cecilia Duque Jurado, como agente oficiosa de su padre José Arturo Duque Jaramillo (expediente T-4104259). En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna del señor José Arturo Duque Jaramillo, identificado con cédula de ciudadanía 1.215.298 de Manizales, y ORDENAR a la EPS SOS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y haga suministrar al agenciado, por medio adecuado, los pañales desechables que requiere, proveyéndolos en la calidad, cantidad y periodicidad que sea necesario. Segundo. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 3º

de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira en julio 30 de 2013, no impugnada, que negó la tutela demandada por Luz Enedy Morales Giraldo como agente oficiosa de su padre José Fernando Morales Marín (expediente T-4108064). En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna del señor José Fernando Morales Marín, identificado con cédula de ciudadanía 1.398.703 de Santa Rosa de Cabal, y ORDENAR a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y haga suministrar al agenciado, por medio apropiado, la atención médica domiciliaria, los pañales desechables, los pañitos húmedos, el suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, en la calidad, cantidad y periodicidad que indique el médico tratante. Así mismo, la EPS accionada le seguirá prestando el tratamiento integral que requiera. Tercero. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 6º Penal Municipal de Barranquilla en abril 8 de 2013, no impugnada, mediante la cual negó la tutela demandada por la señora Yolanda Carrillo como agente oficiosa de su hermana Mercedes Carrillo (expediente T-4108588). En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señora Mercedes Carrillo, identificada con cédula de ciudadanía 26.981.015 de Barrancas (La Guajira), y ORDENAR la EPS Coomeva, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo apruebe y haga suministrar a la agenciada, por medio apropiado, los pañales desechables que requiere, proveyéndolos en la calidad, cantidad y periodicidad que sea necesario. Cuarto. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 13 Penal Municipal de Bogotá en julio 25 de 2013, impugnada extemporáneamente, que no concedió la tutela demandada por la señora Dina Luz Oróstegui como agente oficiosa de su hija María Angélica Parra Oróstegui (expediente T-4108957). En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señorita María Angélica Parra Oróstegui, con cédula de ciudadanía 1.032.451.178 de Bogotá, y ORDENAR a Famisanar EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, disponga suministrar a la mencionada joven, en la calidad, cantidad y periodicidad que médicaamente se indique y por medio autorizado, los pañales desechables etapa 6, la crema antiescaras y el ensure, lo mismo que una silla de ruedas de las características indicadas en fisiatría, al igual que el transporte en vehículo apropiado para que la joven enferma pueda ser llevada y traída con ocasión de las citas médicas y cuando acuda a CEDESNIS, continuándole además todo el tratamiento integral que requiera. Quinto. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Medellín en agosto 8 de 2013, no impugnada, que negó la tutela pedida por el señor Alfonso de Jesús Alzate Jiménez como agente oficioso de su esposa María Surama Orjuela Castrillón (expediente T-4111571). En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señora María Surama Orjuela Castrillón, identificada con cédula de ciudadanía

32.435.204 de Medellín, y ORDENAR a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia autorice y haga suministrar la atención médica domiciliaria, los pañales desechables, los pañitos húmedos, el suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, por medio adecuado y en la calidad, cantidad y periodicidad que sea necesario. Sexto. Por Secretaría General de esta corporación, ENVIAR copia de la presente providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que disponga las actuaciones que encuentre procedentes frente a cada caso amparado, en procura de establecer las responsabilidades a que hubiere lugar, cuya determinación comunicará al respectivo despacho judicial de instancia. Séptimo. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. NILSON PINILLA PINILLA - Magistrado; JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB - Magistrado; ALBERTO ROJAS RÍOS - Magistrado; Con salvamento parcial de voto: MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO - Secretaria General. SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS. A LA SENTENCIA T-160/14. Expedientes (AC): T-4.104.259, T-4.108.064, T-4.108.588, T-4.108.957, T-4.111.571. Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA. Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte salvo parcialmente el voto en la presente oportunidad, pues no comparto la decisión adoptada por la Sala de amparar el derecho a la salud en el expediente T-4.108.064, por las razones que pasare a exponer a continuación. Según lo expuesto en el acápite de hechos, el actor no solicitó ante la EPS los servicios que sí solicita por medio de la acción de tutela. Así las cosas, no agotó el procedimiento previo, así como tampoco le dio la oportunidad a la EPS de pronunciarse sobre la necesidad de los insumos requeridos. Por tanto, no puede pasarse por alto que no hay orden médica, sino una petición efectuada de manera directa ante el juez constitucional, aún cuando del comportamiento asumido por la EPS no se evidencia la vulneración de algún derecho fundamental, precisamente porque no se presentó solicitud alguna. Ello tiene especial relevancia porque en el numeral séptimo "Admonición a las EPS y petición a la Superintendencia Nacional de Salud" se ordena enviar copia de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que establezca las responsabilidades a las que hubiere lugar, lo cual puede resultar ineficaz porque de la lectura de los hechos no se evidencia que la accionada haya incurrido en falta alguna. De otra parte, el análisis efectuado en ese expediente no guarda el mismo rigor probatorio de los casos T-4.104.259, T-4.108.957 y T-4.111.571 en los cuales se expuso de manera contundente que los gastos de los accionantes son superiores a su nivel de ingreso. De manera concreta, en el caso objeto de discrepancia sólo se atiende a una afirmación de la hija del actor en la cual expone que su situación económica "ya no es suficiente para seguir atendiendo las necesidades básicas que él requiere en su condición de discapacidad". Si bien es cierto que la carga probatoria para desvirtuar la condición económica corresponde a la EPS, es necesario que el actor exponga que se encuentra ante la posible ocurrencia

de un perjuicio irremediable, precisamente por no tener medios económicos para sufragar el costo de su tratamiento, pues la sola afirmación de no tener recursos económicos no hace procedente per se el mecanismo de amparo. Atendiendo a estas razones, me veo obligado a salvar parcialmente el voto en la presente providencia. Fecha ut supra. ALBERTO ROJAS RÍOS - Magistrado. (Sentencia T-160/14; Referencia: expedientes T-4104259, T-4108064, T-4108588, T-4108957 y T-4111571, acumulados.)

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. HERMAFRODITISMO. *Acción de tutela instaurada por Natalia en representación y nombre de su hijo Pablo contra la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. Derechos fundamentales invocados: dignidad humana, identidad sexual, personalidad jurídica, salud, vida digna y seguridad social. Temas abordados: (a) problemas que enfrentan las personas en condición intersexual, (b) los estados intersexuales en menores de edad y la importancia del consentimiento informado y (c) debates actuales sobre el reconocimiento de los estados intersexuales. Problema jurídico: le corresponde a la Sala establecer si la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. vulnera los derechos fundamentales del menor Pablo al no haberle realizado la cirugía de reasignación de sexo que solicita. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB. Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Martha Victoria Sáchica de Moncaleano (E) y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente: SENTENCIA. En el proceso de revisión de la sentencia de instancia proferida el 11 de febrero de 2014, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, Antioquia, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Natalia, en representación y nombre de su hijo Pablo, contra la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, Antioquia, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección No. 5 de la Corte, el 15 de mayo de 2014, eligió para efectos de su revisión el asunto de la referencia. 1. ANTECEDENTES (...) 2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (...) 2.6. CASO CONCRETO. 2.6.1. Resumen de los hechos. 2.6.1.1. Pablo nació el 16 de marzo de 2002 en Carmen de Viboral, Antioquia. Al nacer le fue asignado el sexo femenino y los padres le pusieron Valentina, no obstante, el pediatra les informó a los padres que la menor presentaba "hiperplasia suprarrenal congénita". 2.6.1.2. A los 5 años de edad los padres le cambiaron su nombre a Pablo, toda vez que notaron que el desarrollo de sus facciones y comportamientos eran masculinos. La Madre manifestó que "Nunca consultó al médico ni le realizaron estudios, sólo hasta ahora". 2.6.1.3. En el registro civil se demuestra que a pesar de que fue cambiado su nombre, el sexo se mantiene femenino en su tarjeta de identidad. 2.6.1.4. El 25 de*

septiembre de 2013, el menor consultó a la IPS Sura de Rionegro con médico general, donde la madre manifestó que el menor sufría de hermafroditismo, sin aportar estudios previos. El médico estableció que era necesario comenzar un estudio de fondo para determinar si el niño tiene cualidades congénitas de mujer o de hombre, por tanto, fue remitido al médico pediatra y se ordenó cariotipo para estudio genético y definición de sexo. En esta consulta se evidenció que Pablo tiene "GENITALES AMBIGUOS CON PRESENCIA DE LABIOS MAYORES E IONTROITO VAGINAL PEQUEÑO + MICROPENE. NO PALPO TESTÍCULOS". 2.6.1.5. *El 8 de noviembre de 2013, la Comisaría de Familia del Carmen de Viboral, Antioquia, realizó entrevista al menor mediante la cual manifestó "yo he asistido a la EPS Sura porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres".* 2.6.1.6. *La Comisaría de Familia inició proceso administrativo y de restablecimiento de los derechos, conforme al artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, a favor de Pablo y emitió auto el 14 de noviembre de 2013 en el que ordenó el ingreso al menor a un proceso psicológico, un dictamen pericial y dictó como medida de urgencia que la EPS Suramericana realizara las intervenciones y tratamiento respectivos para restablecer la identidad al menor.* 2.6.1.7. *El 27 de noviembre de 2013, se emitió resultado de laboratorio sobre análisis cromosómico, en el cual consta que Pablo cuenta con un cariotipo 46 XY(30) "Complemento Cromósomico Normal Masculino".* 2.6.1.8. *El 15 de enero de 2014, Pablo es evaluado por el médico pediatra quien evidenció una mala definición de los genitales, por tanto se remitió para evaluación endocrinología y se ordenó ultrasonografía de abdomen total y testicular. También se asignó cita de control por pediatría para los siguientes tres meses.* 2.6.1.9. *El 20 de enero de 2014, Pablo fue valorado por endocrinólogo pediatra, sin embargo, el médico aclaró que a esta consulta el paciente asistió sin los resultados de las ultrasonografías de abdomen y testicular, en razón a que no se las había practicado. En la consulta se ordenó estudio hormonal, se remitió a genética y se asignó nuevamente cita con endocrinólogo pediátrico con los resultados de los procedimientos ordenados.* 2.6.1.10. *El 8 de marzo de 2014, en consulta con medicina genética se dejó la siguiente constancia; "historia de criotorquidia y mal definición sexual. Cariotipo 46XY masculino, ecografía abdominal normal que no identifica útero pero si (sic) identifica próstata. Pruebas hormonales normales y ecografía con órganos genitales internos masculinos. Falo 3 cm, sinus urogenital, criotorquidia, fusión labioescrotal. Ordena evaluación por cirugía pediátrica".* 2.6.1.11. *En la consulta más reciente allegada al expediente -15 de julio de 2014-, la médica cirujana pediatra sobre el examen físico dejó constancia de lo siguiente: "Región inguinal: No palpo gónadas. Genitales: Genitales ambiguos, falo angulado con huella meatal en glande, meato uretral hipospádico escrotal amplio, escroto bifido, vacío, hipotrófico".* 2.6.1.12. *La señora Natalia interpuso acción de tutela en representación de su hijo el 28 de enero de 2014, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la identidad sexual y a la salud. La actora resalta que el menor ha*

recibido ayuda psicosocial por parte de la misma Comisaria de Familia y es allí donde se evidenció que el menor está de acuerdo con la realización del procedimiento quirúrgico de intersexualidad. Al respecto, alega que la EPS Suramericana ha sido negligente para autorizar la realización de los diferentes tratamientos y la cirugía de reasignación de sexo, pese a las recomendaciones de la Comisaria de Familia. 2.6.1.13. En escrito de contestación, la EPS Suramericana afirmó que su conducta no ha sido negligente, sino que por el contrario, se estaban realizando los estudios necesarios para determinar las cualidades congénitas del niño y la pertinencia o no de un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo. Alegó que no ha procedido a ordenar la cirugía, toda vez que no existe aún prescripción médica que exija que se requiera.

2.6.1.14. El juez de instancia, mediante sentencia proferida el 11 de febrero de 2014, decidió denegar la acción de tutela impetrada. Sin embargo, requirió a la EPS Suramericana para que brindara y prestara al menor Pablo todo el tratamiento integral para el manejo de su patología. Consideró el a quo, que la EPS no ha negado los servicios médicos al menor, pues no existe ninguna orden médica para los procedimientos quirúrgicos que solicita la madre. Igualmente, argumentó que el consentimiento expresado por el menor en la entrevista en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de los derechos ante la Personería Municipal, es un elemento esencial, pero debe ir acompañado de una valoración médica. 2.6.2. Examen de procedencia de la acción de tutela. (...) En suma la acción de tutela interpuesta por la madre de Pablo cumple con los requisitos de procedencia, y en ese orden, la Sala pasará a realizar el estudio de la presunta vulneración.

2.6.3. Análisis de la vulneración alegada. A la Sala Séptima de Revisión le corresponde analizar si la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A., vulnera los derechos fundamentales del menor Pablo al no realizarle la cirugía de reasignación de sexo que presuntamente requiere. 2.6.3.1. Como consideración previa, lo primero que debe tenerse en cuenta en el presente caso, es que a diferencia de los precedentes jurisprudenciales citados en las consideraciones de esta sentencia, Pablo ha manifestado expresamente su consentimiento de querer tener unos genitales masculinos para poder desarrollar un proyecto de vida acorde con sus preferencias. En efecto, el 8 de noviembre de 2013, ante la Comisaria de Familia del Carmen de Viboral, Antioquia, el menor manifestó "yo he asistido a la EPS Sura porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres". Del mismo modo, la Sala nota que Pablo tiene actualmente 12 años, edad que es suficiente para presumir que ha llegado a una madurez necesaria para decidir autónomamente sobre su cuerpo. Como lo ha comprendido la jurisprudencia, antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidades de cada caso, se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido. En ese orden, es claro que en el presente caso Pablo ha superado el umbral crítico de la identificación de sexo, tiene una clara conciencia de su cuerpo y goza de una importante autonomía, que obliga

a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida como la actual, motivo por el cual no es procedente el consentimiento sustituto paterno para que sea operado. 2.6.3.2. No obstante lo anterior, el consentimiento expresado por el niño, sumado a la edad y madurez que tiene, no es un factor suficiente para que el juez constitucional ordene a una entidad de salud realizar la cirugía de adecuación o asignación de sexo, pues es igualmente requerido un proceso de evaluación y de observación por profesionales de la medicina y especialistas en este tipo de situaciones, con el objeto de que determinen un diagnóstico preciso y las alternativas terapéuticas a realizar más acordes con el deseo del niño. En ese sentido lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que el consentimiento requiere cumplir con unas características indispensables que legitiman cualquier intervención clínica y cuya ausencia permite catalogar el procedimiento como abusivo, ilícito o ilegal. Por tanto, el consentimiento debe ser libre, informado, persistente y cualificado. Cuando el menor es quien toma la decisión sobre su identidad sexual, su consentimiento debe entonces cumplir con estos requisitos, y esto implica el acompañamiento de los padres y el seguimiento constante y profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, que no sólo incluya profesionales de la salud sino psicólogos y trabajadores sociales que asistan todo el proceso. De la misma manera, como se expuso en la sentencia T-1025 de 2002, la decisión sobre la procedencia de la asignación de sexo debe adecuarse a las recomendaciones médicas, toda vez que son los profesionales médicos los que, a partir de un diagnóstico y de los exámenes, tratamientos, observaciones, etc., conocen cuáles son los riesgos y alternativas más adecuadas para la salud reproductiva del paciente. Adicionalmente, esta información es el sustento que logrará un consentimiento informado y calificado suficiente del niño para tomar la decisión respecto de su cuerpo. Así pues, es el médico como profesional de la salud es quien conoce de los beneficios y de la idoneidad y eficacia de una cirugía o tratamiento clínico para el cuidado integral de la salud del paciente. 2.6.3.3. Descendiendo al caso concreto, la Sala observa que el consentimiento expresado por el niño no cuenta con las características que exige la jurisprudencia por las siguientes razones. En primer lugar, todavía no hay un diagnóstico preciso que permita definir cuáles son las alternativas médicas y la procedencia de la cirugía de los genitales. Es notorio que es la primera vez que Pablo y su madre visitan al médico para iniciar el tratamiento de asignación de sexo es el 25 de septiembre de 2013 ante médico general de familia en la IPS Dinámica, el cual evidenció que Pablo tiene "GENITALES AMBI- GUOS CON PRESENCIA DE LABIOS MAYORES E IONTROITO VAGINAL PEQUEÑO + MICROPENE. NO PALPO TESTÍCULOS". Desde esta consulta, el menor ha sido remitido a pediatría, cirugía pediatra, endocrinología pediatra y medicina genética quienes han arribado a las mismas conclusiones y hallazgos. Puede observarse que las consultas médicas realizadas ordenan controles en tres meses, y a pesar de que se ha recomendado consulta con cirugía pediátrica y urología, no existe prueba de que el Pablo haya sido evaluado por un urólogo teniendo en cuenta que no se han palpado testículos. Igualmente, se han autorizado una serie de exámenes e

imágenes diagnósticas como cariotipo de bandeo, ultrasonografía de abdomen total, dehidroepinandrosterona sulfato, resonancia nuclear magnética y hormonas. Con base en estas actuaciones, la Sala entiende que se está haciendo un control y una evaluación rigurosa del estado de salud del menor, sin embargo, luego de 10 meses de distintos controles y consultas médicas con algunos especialistas, no se tiene un diagnóstico preciso, no se ha escuchado al menor, no se le ha prestado un acompañamiento psicológico y no se ha informado suficientemente a la madre el procedimiento a seguir. En respuesta allegada por la EPS Suramericana en sede de revisión, consta que: (...) el menor ha venido recibiendo la atención médica especializada y subespecializada necesaria para un diagnóstico preciso con un enfoque multidisciplinario de su condición de ambigüedad sexual, habiéndose establecido que genéticamente su sexo, al igual que sus órganos genitales, corresponden al sexo masculino por lo que se trata de un cuadro de pseudohermafroditismo masculino (...) Conforme al reciente concepto de cirugía pediátrica del 15 de julio del presente año, la EPS autorizará una evaluación para próximos días con otro especialista en cirugía pediátrica que cuenta con experiencia en éste tipo de condiciones; este profesional se encargará de documentar el caso para presentarlo en una junta médica y definir la conducta final, brindando orientación necesaria al menor y a su familia en todo lo relacionado con el tratamiento (...) Actualmente se está a la espera de un staff médico para definición de la conducta terapéutica más idónea". De allí se concluye que, a pesar de que hay un cuadro clínico establecido sobre el pseudohermafroditismo masculino, (a) Pablo no ha sido acompañado con apoyo psicológico, (b) tampoco se ha conformado un equipo multidisciplinario para evaluar la ambigüedad genital luego de 10 meses, y (c) a pesar de que la mayoría de las consultas coinciden en que "no se palpan testículos", y al parecer se autorizó una cita con urólogo pediatra, el menor no ha recibido un examen de esta especialidad, y por ello, no es claro todavía si, por ejemplo, en caso de realizarse la cirugía de asignación sexual masculina -lo deseado por el niño-, sus órganos reproductivos van a tener un funcionamiento idóneo con fines de reproducción. Cabe recordar en este punto que la Academia Nacional de Medicina, mediante concepto allegado en virtud del presente caso, advirtió que (...) la directriz más importante en el manejo de estos niños es que deben ser manejados por equipos multidisciplinarios integrados por Pediatra, Cirujano Pediatra, Urólogo Pediatra, Endocrinólogo Pediatra, Genetista, Psicólogo, Psiquiatra y Trabajadores sociales. El niño y su familia deben recibir acompañamiento especializado desde el nacimiento". También manifestó la Academia, que en este caso particular la valoración del juez de familia no era suficiente, sino que el niño debe recibir evaluación de psicólogo o psiquiatra infantil especializados en estos temas. En el mismo sentido la profesora asociada del Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes, en su intervención, advirtió lo complejo que es el tratamiento de casos de ambigüedad sexual y planteó las siguientes recomendaciones que coinciden en la mayoría de los estudios científicos: (i) "[a]ntes de realizar cualquier tratamiento es fundamental realizar la evaluación de la identidad con el sexo y la identidad con el género con el fin de establecer la coherencia que hay con el

sexo de asignación de crianza. Dicha evaluación y las decisiones médicas que se derivan de la misma en cuanto a tratamientos quirúrgicos u hormonales deben hacerse con cautela cuando se trata de niñas, niños y adolescentes, cuidando siempre que el paciente esté libre de presiones”; (ii) “[l]as decisiones sobre reasignación de sexo deben basarse en una evaluación minuciosa y exhaustiva del caso y deben ser objeto de discusión abierta, clara, sincera y honesta con el paciente y sus familiares”; (iii) “[e]n todos los casos es importante el apoyo psicoterapéutico a fin de ofrecer orientaciones para la comprensión de la condición y favorecer el reconocimiento y la aceptación de todas las dimensiones de la sexualidad”; e (iv) “[i]ncluir en el proceso de toma de decisiones información completa sobre los procedimientos y las implicaciones a corto, mediano y largo plazo de los tratamientos”. Con base en los parámetros descritos, la Sala nota que en el caso concreto el proceso diagnóstico y el tratamiento médico con Pablo, además de ser lentos, no se ha cumplido con los criterios necesarios para garantizar un consentimiento informado, persistente y cualificado acorde con la edad del niño tutelante y el desarrollo que ha tenido en su situación intersexual por 12 años. En segundo lugar, puede concluirse que a Pablo no se le ha prestado una atención prioritaria adecuada a su padecimiento. Es decir, es claro que deben realizarse evaluaciones con médicos especialistas en varias áreas de la medicina y que este proceso toma tiempo, pero esto no puede tener como consecuencia un retardo de 10 meses en el que ni siquiera se haya conformado un comité interdisciplinario y tampoco se haya prestado apoyo psicológico y terapéutico al menor y su familia. Incluso, la Academia Nacional de Medicina sugirió en su intervención que “[u]n niño de 12 años con un trastorno de diferenciación sexual debe recibir un manejo prioritario de la entidad de salud que lo atiende, para definir rápidamente su diagnóstico y tratamiento. Debe ser atendido por un equipo interdisciplinario especializado que le proporcione un manejo integral que requiere su enfermedad, con los que se evita la lentitud que acarrean las consultas especializadas en las EPS”. Según la jurisprudencia y los conceptos técnicos remitidos al proceso, la Sala observa que la conformación del equipo interdisciplinario debe realizarse desde el comienzo del tratamiento con el niño que padece ambigüedad sexual, con el objeto de que se preste un apoyo psicológico permanente, y se realicen todas las evaluaciones y exámenes de manera conjunta con los especialistas de diferentes áreas, el paciente y su familia. Igualmente, se debe evitar que las consultas se ordenen en lapsos de tiempo que pueden ser perjudiciales para un niño en crecimiento, el cual es sujeto de especial protección constitucional, y quien además se encuentra en una situación más vulnerable debido a su estado intersexual. De modo similar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en determinar que la salud es un derecho fundamental, y en ese sentido, es una obligación de las entidades de salud prestar su servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia. Así pues, como lo afirmó la Corte en la sentencia T-1025 de 2002, tratándose de un niño en una situación parecida a la de Pablo: “La Corte estima procedente reiterar que resulta contrario a derecho, someter a un menor al traumatismo psicológico y al rechazo social, que puede derivarse de la indeterminación sexual, en contradicción con el deber clínico

de ejecutar lo más pronto posible las alternativas médicas o terapéuticas necesarias para la definición de sexo del menor, en acatamiento del principio de beneficencia, desconociendo que existen herramientas jurídicas, médicas y científicas que permiten proceder correctamente sin lesionar la integridad del menor". En ese orden, como lo señaló la Corte en la misma oportunidad, no es posible que el juez de tutela recomiende una cirugía o exija la prestación de un determinado tratamiento médico, ya que la evaluación de estas opciones terapéuticas corresponden al adecuado y libre ejercicio del "lex artis" de los profesionales de la salud. No obstante, lo que sí le es posible exigir, es la formulación oportuna de alternativas de solución y la adopción de todos medios terapéuticos que se estimen convenientes, sin que la existencia de una doctrina constitucional conduzca a la inacción de las entidades de salud por un período prolongado, cuando es claro el consenso del equipo médico sobre la alternativa específica de acción. Por tanto, para dar respuesta al problema jurídico, la Sala observa que no existe aún orden de médico tratante que requiera la cirugía de reasignación de sexo, pero esta situación se debe a que no se ha realizado un debido tratamiento del caso de Pablo por las razones que fueron expresadas anteriormente. De manera que, la Sala encuentra que existe una vulneración de los derechos fundamentales del niño por la ausencia de un diagnóstico certero, luego de casi 10 meses de consultas y remisiones, que demuestran una falta de atención médica eficiente y oportuna acorde con su condición.

2.6.4. Conclusiones y decisiones a adoptar. 2.6.4.1. En suma, la Sala encuentra que la EPS Suramericana ha vulnerado los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la salud – el derecho al diagnóstico- y a la vida digna de Pablo, por no adelantar prioritariamente la evaluación de su caso y no tomar oportunamente las medidas necesarias para que el proceso de reasignación de sexo que desea el menor cumpla con un consentimiento informado, cualificado y persistente. Por tanto, revocará las decisiones de los jueces de instancia y concederá la protección invocada. Con base en lo anterior, la Sala ordenará a la EPS continuar con las evaluaciones de los especialistas que requiere el menor –como urología pediátrica- de forma prioritaria, prestar el apoyo y acompañamiento psicológico necesario con profesionales de la salud especialistas en el área de los trastornos de desarrollo genital y que en el menor tiempo posible integre un equipo interdisciplinario conformado por médicos (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que asistan, orienten y asesoren a Pablo y a sus padres, sin perjuicio de los resultados que ya se han obtenido desde septiembre de 2013. Una vez agotada esta etapa, se deberá proceder a advertir a Pablo sobre las consecuencias y alternativas que tiene la cirugía de reasignación de sexo conforme al consentimiento que él haya expresado. En caso de que proceda la operación, la EPS no podrá denegarla con base en interpretaciones restrictivas del Plan Obligatorio de Salud, toda vez que, no se trata de un procedimiento estético, sino de uno dirigido a garantizar la dignidad humana y la identidad sexual de un niño que ha sido estigmatizado toda su vida por su estado intersexual. Por otra parte, se ordenará al ICBF que realice un acompañamiento permanente del presente caso con miras a que se respeten los derechos fundamentales de Pablo y su familia.

Además, en el caso de que se realice la cirugía, la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá modificar el sexo de la tarjeta de identidad de Pablo, con el objeto de que coincida con la realidad y no genere más tratos discriminatorios. Finalmente, en razón de que la Academia Nacional de Medicina puso de presente que no existen protocolos uniformes en el sistema de salud colombiano para tratar los casos de niños, niñas y adolescentes con ambigüedad sexual y los distintos casos de intersexualidad; y dado que a nivel comparado existen países como Argentina que ya ha tomado la iniciativa de formularlos con el objeto de proteger el consentimiento de los niños y niñas, la Sala exhortará al Ministerio de Salud y Protección Social para que elabore guías y/o protocolos de práctica clínica oficiales para los trastornos de diferenciación sexual de obligatorio cumplimiento, para que estos niños reciban un manejo ágil y adecuado en las instituciones de salud.

3. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE: PRIMERO: PROTEGER el derecho a la intimidad de Pablo y Natalia, y en consecuencia, ORDENAR la absoluta reserva del expediente, que implica que el nombre de las personas demandantes no podrá ser divulgado y que el expediente sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas con la decisión adoptada. La Secretaría General de la Corte Constitucional y el(a) secretario(a) del Juzgado que decidió en primera instancia el presente caso, deberán garantizar la estricta reserva. SEGUNDO: REVOCAR el fallo proferido el once (11) de febrero de 2014 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral, el cual denegó la acción de tutela, y en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la vida digna y a la salud, concretamente el derecho fundamental al diagnóstico de Pablo, por las razones expuestas en la presente providencia. TERCERO: ORDENAR a la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A., continuar de forma prioritaria con las evaluaciones de los especialistas que requiere el menor –como urología pediátrica-, y prestar el apoyo y acompañamiento psicológico necesario con profesionales de la salud especialistas en el área de los trastornos de desarrollo genital. Igualmente, la EPS en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deberá integrar un equipo interdisciplinario conformado por médicos (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que fijen un diagnóstico, asistan, orienten y asesoren a Pablo y a sus padres, sin perjuicio de los resultados que ya se han obtenido desde septiembre de 2013. CUARTO: ORDENAR a la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A., que una vez se haya prestado la asesoría a que se ha hecho referencia en el numeral anterior, y Pablo y sus padres estén suficientemente informados de las consecuencias de llevar a cabo la cirugía y los tratamientos de asignación de sexo, se consulte formalmente al niño y a sus padres acerca de la decisión final adoptada –incluyendo el diagnóstico integral-, por intermedio del equipo interdisciplinario. En caso de que ésta sea afirmativa y coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario, REALIZAR la cirugía en el término de los treinta (30) días siguientes a dicha manifestación de voluntad. Así mismo, realizar los

tratamientos hormonales requeridos y cualquier otro tratamiento post-operatorio que sea indispensable, según concepto del grupo interdisciplinario y de conformidad con la evolución del paciente. QUINTO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que realice un acompañamiento permanente del presente caso con miras a que se respeten los derechos fundamentales de Pablo y su familia. SEXTO: ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil que adelante todos los procedimientos requeridos para que el accionante modifique todos los documentos que conciernen a su identificación. SÉPTIMO: EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social para que, en conjunto con la comunidad médica, elabore guías y/o protocolos de práctica clínica oficiales para el tratamiento de las personas nacidas en condición intersexual de obligatorio cumplimiento, para que reciban un manejo ágil y adecuado en las instituciones de salud en los casos en los que deseen la readaptación sexual. OCTAVO: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB – Magistrado; MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ - Magistrada (E); LUIS ERNESTO VARGAS SILVA – Magistrado. (Sentencia T-622/14; Referencia: expediente T-4.335.550)