

**JURISPRUDÊNCIA E EMENTÁRIO / JURISPRUDENCE AND  
ABRIDGEMENT OF LAW**

---

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**PROCESSO: RE 585919 AgR-ED / MG - MINAS GERAIS - EMB.DECL.  
NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

**RELATOR: LUIZ FUX**

**ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA**

**JULGAMENTO: 27/03/2012**

**DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACÊUTICA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.** 1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decism, não há como prosperar, porquanto incoerentes as hipóteses de omissão, contradição ou obscuridade, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. 2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8.9.2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9.9.2011). 4. In casu a decisão recorrida assentou que: “Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEIS ESTADUAIS NS. 9.380/96 E 13.455/00. INATIVOS E PENSIONISTAS. INEXIGIBILIDADE A PARTIR DA EC N. 20/98 ATÉ A VIGÊNCIA DA EC N. 41/03. SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACÊUTICA. COMPULSORIEDADE DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. ARTIGO 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS. ROL TAXATIVO. INCOMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS RECONHECIDA NO JULGAMENTO DO RE N. 573.540 (REPERCUSSÃO GERAL) E NA ADI N. 3.106. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. A cobrança de contribuição previdenciária sobre proventos de inativos e pensionistas tornou-se inexigível a partir da promulgação da EC 20/98, que introduziu substancial modificação no ordenamento positivo, perdurando tal inexigibilidade até a vigência da EC 41/03. Destarte, ao não determinar a restituição dos valores indevidamente cobrados, o Tribunal a

quo divergiu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem concluído pela sua legitimidade. (Precedentes: ADI n. 2.189, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 09.06.00; RE n. 435.210-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 14.6.05; RE n. 346.797-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 28.11.03; RE n. 358.278-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 21.11.03; RE n. 639.708, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 27.5.11; RE n. 478.443, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 1.10.10; RE n. 516.502, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 6.6.11; RE n. 639.520, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 11.5.11). 2. Os Estados-membros podem instituir, nos termos do art. 149, § 1º, da Constituição Federal, apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores, o que não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos. (RE n. 573.540, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 11.6.2010, e ADI n. 3.106, Relator o Ministro Eros Grau, DJe 24.9.2010). 3. In casu, o acórdão recorrido, divergindo do entendimento desta Corte, assentou: 'EMENTA: ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS INATIVOS. DESCONTO EM FOLHA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PERCENTUAL A SER RESTITUÍDO. LEI 9.380/96. ALÍQUOTA DE 8%, 4,8% (CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA) + 3,2% (ASSISTÊNCIA À SAÚDE). RESTITUIÇÃO LIMITADA AOS DESCONTOS RELATIVOS AO CUSTEIO DE PENSÃO (4,8%). ASSISTÊNCIA À SAÚDE POSTA À DISPOSIÇÃO. VALORES NÃO RESTITUÍVEIS. A assistência médico-hospitalar dos servidores públicos estaduais não está prevista como benefício previdenciário. Seu custeio, antes da LCE nº 64/2002, se dava à parte, por meio da contribuição de 3,2% que integrava os 8% previstos no artigo 24 da Lei nº 9.380/86, em sua redação original, posteriormente modificada pela Lei nº 13.455/00. O Estado pode cobrar custeio à saúde se o servidor quer usufruir assistência à saúde; ele não pode é impor uma vinculação compulsória ao IPSEMG. Ainda assim, os descontos realizados, mesmo os anteriores à LCE nº 64/2002, não devem ser restituídos, 'data vênua', aos autores, ainda que na qualidade de servidores inativos. É que eles usufruíram de assistência do IPSEMG ou puderam usufruí-la. Descontada a respectiva parcela mensal dos seus proventos, passaram eles a dispor do direito de utilizarem serviços médico, hospitalar e odontológico, bem como social, farmacêutico e complementar, colocados à disposição pelo IPSEMG, como se fosse um 'plano de saúde', no qual todos pagam, para somente alguns, quando necessitarem, utilizarem seus serviços. V.V.P DIREITO PREVIDENCIÁRIO – LEI ESTADUAL 9.380/86, LEI ESTADUAL 13.455/2000 E LC 64/2002 – CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – DESCONTO – IMPOSSIBILIDADE COM O ADVENTO DA EC 20/98 – RESTITUIÇÃO DEVIDA. O artigo 195, II, da Constituição da República, na dicção existente à época da EC 20/98, em seu inciso II passou a estabelecer que para os segurados da previdência social, não incidiria a contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201. Constatando-se a ilegitimidade dos descontos então efetuados, o indébito deve ser restituído.' 4. Agravo regimental

a que se nega provimento.” 5. Embargos de declaração REJEITADOS. Decisão. A Turma rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 27.3.2012.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**PROCESSO: AI 785268 / SE – SERGIPE - AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**RELATOR: DIAS TOFFOLI**  
**JULGAMENTO: 20/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESSARCIMENTO. COOPERATIVA MÉDICA.** Decisão. Unimed Sergipe Cooperativa de trabalho médico interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos artigos 5º, inciso XXXVI, e 196 da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Segunda Câmara Cível, Grupo II, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, assim ementado: “Apelação – Ação de Cobrança. Denúnciação da Lide. Obrigação de ressarcimento. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Obesidade Mórbida. Uso de prótese, Kit Grampeador, necessário à cirurgia bariátrica. Exclusão contratual. Inadmissibilidade. Cláusula Abusiva e Nula. Recurso conhecido e improvido. A colocação de prótese é inerente ao ato cirúrgico coberto pelo plano de saúde. A cobertura do procedimento cirúrgico engloba todos os artefatos necessários para sua realização. A cláusula que exclui o fornecimento de prótese vinculada ao procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde é abusiva e nula, haja vista que ofende o art. 51, IV e §1º, III do CDC.- Apelo improvido”. Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”. A irresignação não merece prosperar, haja vista que os dispositivos constitucionais indicados como violados no recurso extraordinário carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que não foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão no acórdão recorrido. Incidem na espécie as Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. Ademais, para divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem seria necessário o reexame das disposições do Código de Defesa do Consumidor e das cláusulas do contrato examinados nos autos, o que é inadmissível em sede de recurso extraordinário. Incidência das Súmulas nºs 454 e 636 desta Corte. Sobre o tema, anote-se: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEVOLUÇÃO IMEDIATA DO VALOR PAGO PELO

CONSORCIADO DESISTENTE. OFENSA INDIRETA. REEXAME DE FATOS E PROVAS E ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. Devolução imediata pela empresa administradora do consórcio do valor pago pelo consorciado que desiste de continuar no grupo. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional. 3. Reexame de fatos e provas e análise de cláusulas contratuais. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas ns. 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI nº 671.754/ES-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe 11/4/08). “1. Recurso extraordinário que não reúne condições de admissibilidade por envolver reexame de cláusula contratual (Súmula STF nº 454) e de legislação infraconstitucional. 2. Agravo regimental improvido” (AI nº 454.147/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 3/5/05). “1. Recurso extraordinário: descabimento: controvérsia de natureza infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor), decidida com base em fatos e provas, de reexame vedado no recurso extraordinário: incidência, mutatis mutandis, das Súmula 636 e Súmula 279. 2. Alegações improcedentes de negativa de prestação jurisdicional ou de violação do art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal” (AI nº 597.064/BA-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 20/10/06). Ante ao exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 20 de abril de 2012. Ministro Dias Toffoli - Relator

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**PROCESSO: AI 849622 / ES - ESPÍRITO SANTO - AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**RELATOR: LUIZ FUX**

**JULGAMENTO: 19/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA CONTRATUAL. REMOÇÃO. RESOLUÇÃO Nº 13 DO CONSU – CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR. AUSÊNCIA DA PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL.** 1. A repercussão geral é requisito de admissibilidade do apelo extremo, por isso que o recurso extraordinário é inadmissível quando não apresentar preliminar formal de transcendência geral ou quando esta não for suficientemente fundamentada. (Questão de Ordem no AI n. 664.567, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6.9.07). 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ADESIVO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA REMOÇÃO – NEXO CAUSAL – DEVER DE INDENIZAR – REMOÇÃO AÉREA INFANTIL NÃO REALIZADA – DANO MORAL – MAJORAÇÃO – PRECEDENTE. 1) Não preenche os requisitos legais, se o documento de cessão de direitos não for devidamente registrado em cartório. 2) O terceiro na relação contratual, não pode ser atingido pela cessão de direitos, feita entre as empresas que prestam serviços de saúde e a sua empregadora, pois que não houve o registro no cartório. 3) Conforme a Resolução 13, a operadora de saúde tem o ônus e a responsabilidade

de remover o paciente para uma unidade que apresente recursos capazes de garantir o tratamento adequado para sua enfermidade.4) Tratando de contrato de execução diferida, cujo cumprimento se prolonga no tempo, e, com renovação automática e anual desde a inicial contratação em 1995, até a data da negativa da remoção, em 2001, entendo que aplicam-se as normas da Resolução nº13, pois que criada em 1998.5) O dano moral deve ser arbitrado à luz da Teoria do Desestímulo, de onde se extrai que um dos objetivos da responsabilidade civil, consubstanciado no dever de indenizar é que o agente que realizou o ato ilícito seja, de certa forma, punido para que não volte a cometer o mesmo ato. 6) A condenação em dinheiro é apenas um subterfúgio para a dor, sendo mais uma satisfação do que reparação. Nesse compasso, deve-se levar em conta que o julgado deve buscar justo equilíbrio no caso concreto. 7) O quantum de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), arbitrado mostra-se ínfimo, razão pela qual reformo esse capítulo decisório, majorando o valor arbitrado para o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), patamar esse que se enquadra melhor ao caso concreto apresentado. 3. Agravo de instrumento a que se nega seguimento. Decisão: Cuida-se de agravo de instrumento interposto por SAMP MINAS GERAIS ASSISTÊNCIA MÉDICA S/C LTDA, contra decisão que não admitiu seu recurso extraordinário. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou provimento ao recurso da ora agravante, consignando: APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ADESIVO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA REMOÇÃO – NEXO CAUSAL – DEVER DE INDENIZAR – REMOÇÃO AÉREA INFANTIL NÃO REALIZADA – DANO MORAL – MAJORAÇÃO – PRECEDENTE. 1) Não preenche os requisitos legais, se o documento de cessão de direitos não for devidamente registrado em cartório. 2) O terceiro na relação contratual, não pode ser atingido pela cessão de direitos, feita entre as empresas que prestam serviços de saúde e a sua empregadora, pois que não houve registro no cartório. 3) Conforme a Resolução 13, a operadora de saúde tem o ônus e a responsabilidade de remover o paciente para uma unidade que apresente recursos capazes de garantir o tratamento adequado para sua enfermidade. 4) Tratando de contrato de execução diferida, cujo cumprimento se prolonga no tempo, e, com renovação automática e anual desde a inicial contratação em 1995, até a data da negativa da remoção, em 2001, entendo que aplicam-se as normas da Resolução nº 13, pois que criada em 1998. 5) O dano moral deve ser arbitrado à luz da Teoria do Desestímulo, de onde se extrai que um dos objetivos da responsabilidade civil, consubstanciado no dever de indenizar é que o agente que realizou o ato ilícito seja, de certa forma, punido para que não volte a cometer o mesmo ato. 6) A condenação em dinheiro é apenas um subterfúgio para a dor, sendo mais uma satisfação do que reparação. Nesse compasso, deve-se levar em conta que o julgado deve buscar justo equilíbrio no caso concreto. 7) O quantum de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), arbitrado mostra-se ínfimo, razão pela qual reformo esse capítulo decisório, majorando o valor arbitrado para o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), patamar esse

que se enquadra melhor ao caso concreto apresentado. Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados. Irresignada com o teor do acórdão prolatado, a recorrente interpôs recurso extraordinário com fulcro no art. 102, III, a, da Constituição Federal, apontando como violado o art. 5º, XXXVI, da Carta Federal. Brevemente relatados, DECIDO. O agravo de instrumento não merece prosperar. A recorrente não apresentou preliminar formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral da questão constitucional debatida no caso, não tendo sido observado o disposto no artigo 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.418/06. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Questão de Ordem no AI n. 664.567, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6.9.07, fixou o seguinte entendimento: EMENTA: I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais. 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades - referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros - que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 - que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição -, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imaneente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06). 7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII). II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a

demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal (Art. 543-A, § 2º). III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. 1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 - data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser formal e fundamentada. 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007. Vale ressaltar que a intimação do acórdão impugnado deu-se em data posterior à fixada no citado julgamento. Ex positis, NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Int. Brasília, 19 de abril de 2012. Ministro Luiz Fux - Relator

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**PROCESSO: ARE 677133 / MG - MINAS GERAIS - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO**  
**RELATOR: GILMAR MENDES**  
**JULGAMENTO: 18/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. DECISÃO:** Trata-se de agravo contra inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim ementado (fl. 174): "ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. INDENIZAÇÃO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. HIV. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO. I- À luz da responsabilidade objetiva do Estado, inculpada no art. 37, § 6º, da CR/88, demonstrado pela autora que o erro de diagnóstico realizado por Centro de Saúde Municipal (que lhe apontou como portadora do vírus da AIDS) causou-lhe danos materiais e morais, impõe-se ao ente municipal obrigação reparatória correspondente aos prejuízos suportados. II – Na fixação dos honorários advocatícios por equidade, o julgador deve ter como referencial as alíneas do parágrafo 3º, do artigo 20, do CPC, para bem remunerar a nobre e elevada

atividade exercida pelo advogado”. Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados ao fundamento de ausência de omissão (fl. 211). Nas razões do recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, o Município de Governador Valadares alega, preliminarmente, que a rejeição de seus embargos declaratórios “importa flagrante contrariedade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV), sem prejuízo da negativa de prestação jurisdicional”. A municipalidade ressalta a relevância da omissão do acórdão recorrido, que fora alegada nos embargos declaratórios. Aduz que não foi analisada a possibilidade de “falso positivo” no exame de HIV, hipótese de caso fortuito com o condão de excluir a responsabilidade estatal (fl. 258). No mérito, sustenta que o acórdão recorrido viola o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Afirma que a responsabilidade do município por erro de diagnóstico deve ser afastada, tendo em vista que se cercou de todas as cautelas possíveis. Frisa que a Administração Pública foi diligente ao realizar três testes de HIV, sendo o último mais complexo e demorado. Em contrarrazões, argumenta-se que o Centro de Saúde Municipal informou à recorrida, sem nenhum tipo de cautela, que ela era portadora do vírus HIV. Ressalta-se que a recorrida se encontrava no sétimo mês de gravidez e que não pôde sequer amamentar sua filha ao nascer. Assevera-se, ainda, que, nos laboratórios bem conceituados, quando o resultado do exame acusa soropositivo, repete-se o exame, imediatamente, para que a paciente seja informada apenas quando há um resultado definitivo. Às fls. 288-290, o Tribunal a quo inadmitiu o recurso extraordinário, ao fundamento de que incide no caso concreto o óbice da Súmula 279 desta Suprema Corte, que veda o revolvimento fático-probatório nessa via recursal. No agravo de instrumento, interposto contra referida decisão de inadmissibilidade, alega-se que o recurso extraordinário interposto não objetiva o reexame de provas, mas, sim, a qualificação jurídica de fato incontroverso. É o relatório. Da leitura dos autos extrai-se que, no caso concreto, a autora, grávida, procurou o Centro de Saúde Municipal em Governador Valadares, para acompanhamento de sua gestação, onde coletou sangue para exame laboratorial de HIV, cujo resultado foi-lhe entregue com a informação “HIV-NÃO REATIVO” (fl. 14). Aconselhada pela atendente do Centro de Saúde a repetir o teste, a autora foi surpreendida com o resultado positivo do exame (fl. 15). Diante disso, requereu-se um terceiro exame, mais completo e complexo, que demorou dois meses para ser concluído e que, finalmente, acusou resultado negativo (fl. 16). Expostos os fatos, ressalto que o Município de Governador Valadares não se insurge contra a ocorrência do erro de diagnóstico no segundo exame realizado pelo Centro de Saúde Municipal. Segundo a tese do recorrente, o núcleo da controvérsia consiste na necessidade de se averiguar que o exame de HIV não é 100% conclusivo, o que afastaria a responsabilidade estatal por caso fortuito. Nesse contexto, em que pese ao fato de que a Administração tenha diligenciado para corrigir o equívoco do diagnóstico, o erro é incontroverso nos autos. Como consequência do erro, a recorrida – além do grande sofrimento emocional - submeteu-se a uso de forte medicação para



controle de suposta doença, o que a impediu de amamentar seu primogênito. A propósito, confira-se o seguinte trecho do acórdão: “A despeito da cautela do ente municipal em iniciar o tratamento da autora, visando inclusive à saúde do nascituro, a submissão da autora ao uso de forte medicação para controle de ‘suposta’ doença não afasta o erro do diagnóstico e tampouco elide a responsabilidade objetiva por eventual dano causado pelo mesmo. Ao contrário, corrobora o desacerto, uma vez que naquele período (do exame positivo até o resultado confirmatório final), a autora considerou-se como doente e portadora do vírus HIV. Flagrante, portanto, a responsabilidade do Município em indenizar a autora”. Portanto, no caso concreto, é evidente o nexo causal entre o dano patrimonial e moral sofrido pela recorrida e o erro de diagnóstico cometido pela Administração Pública. Observo, outrossim, que não prospera a alegação de negativa de prestação jurisdicional ou de ausência de motivação, tendo em vista que a Corte a quo fundamentou à saciedade sua decisão colegiada. Em suma, o acórdão recorrido, ao aplicar a teoria objetiva da responsabilidade pela falha na prestação do serviço público de saúde, decidiu em harmonia com a remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. A propósito, entre inúmeros julgados, confira-se o RE 217.389, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 24.5.2002, cuja ementa transcrevo, in verbis: “Recurso extraordinário. Indenização. Responsabilidade objetiva do Estado. 2. Acórdão que confirmou sentença de improcedência da ação, determinando que somente se admite o direito a indenização se ficar provada a culpa subjetiva do agente, e não a objetiva. 3. Alegação de ofensa ao art. 107, da EC nº 01/69, atual art. 37, § 6º, da CF/88. 4. Aresto que situou a controvérsia no âmbito da responsabilidade subjetiva, não vendo configurado erro médico ou imperícia do profissional que praticou o ato cirúrgico. 5. Precedentes da Corte ao assentarem que ‘I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.’ RE nº 178.086-RJ. 6. Inexiste, na espécie, qualquer elemento a indicar tenha a vítima concorrido para o evento danoso. 7. Recurso conhecido e provido para julgar procedente a ação”. No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões monocráticas: ARE 669.539, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 28.2.2010; AI 753.912, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 1.2.2012, e AI 850012, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 8.2.2012. Em suma, conforme jurisprudência desta Suprema Corte, a teor do artigo 37, § 6º, da CF, para que o Estado seja responsabilizado objetivamente, com base no risco administrativo, basta que se comprove o dano, a ação comissiva ou omissiva da Administração e o nexo causal entre ambos. No que diz respeito à verificação do dano moral, é defeso a esta Suprema Corte proceder ao revolvimento

fático-probatório, tendo em vista que a o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu o dano com fulcro na prova testemunhal, conforme trecho do acórdão, a seguir transcrito: “In casu, a reparação moral é devida em virtude do sofrimento, dor e angústia suportados pela autora em função do diagnóstico errôneo trazido pela Administração Pública, que lhe apontou como portadora do vírus HIV, durante sua primeira gravidez, e que, além disso, submeteu-a a tratamento específico da doença e privou-lhe da amamentação do bebê. Dos testemunhos colhidos, não pairam dúvidas sobre a agonia, tristeza e dor que pairaram sobre a autora durante o período que conviveu com o diagnóstico soro-positivo, bem como pelos reflexos gerados após o parto de sua filha. Vale a transcrição de trecho da inquirição intermada às fls. 108: “... que a requerente era uma grávida diferente, porque andava triste: que após o nascimento da criança, a requerente não a amamentava e fazia uso de medicamentos; que a requerente acabou por confessar que era portadora de HIV; (...) que mesmo após receber o resultado de que não era portadora de HIV, a requerente continuou triste pelo fato de não ter amamentado o bebê (...) que a depoente chegou a presenciar a requerente sugar leite de seio e jogar fora porque não podia dar para a criança (...) que após a descoberta de que não era portadora de HIV, a requerente não tentou amamentar a filha por causa dos efeitos dos remédios que havia tomado...” (grifos originais) Sobre a impossibilidade de reexame de provas em recurso extraordinário, cito os seguintes julgados, nos quais também se discute responsabilidade do Estado por erro médico: AI 736.284, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 8.10.2009; AI 591.427, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 2.8.2007, e AI-AgR 616.955, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 29.11.2007. Incide, portanto, no caso concreto, o óbice da Súmula 279/STF, segundo a qual não cabe recurso extraordinário para simples reexame de provas. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, §1º, RISTF e 544, §4º, II, “b”, do CPC). Publique-se. Brasília, 18 de abril de 2012. Ministro GILMAR MENDES - Relator

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**PROCESSO: INQ 2945 / MA – MARANHÃO – INQUÉRITO**  
**RELATOR: GILMAR MENDES**  
**JULGAMENTO: 17/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FINANCEIRO. APLICAÇÃO DOS RECURSOS SUS. DECISÃO:** Trata-se de inquérito instaurado para apurar as supostas práticas dos delitos tipificados nos arts. 1º, inciso III, do Decreto-Lei n. 201/1967 e 312, § 1º, do CP, decorrentes de irregularidades na aplicação dos recursos do Sistema Único de Saúde (SUS), recebidos pelo Município de Bacabal/MA, na gestão do Prefeito Municipal José Vieira Lins e do Secretário Municipal de Saúde Raimundo Nonato Lisboa. Após verificar que José Vieira Lins foi diplomado como Deputado Federal, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF da 1ª Região) encaminhou os autos ao Supremo Tribunal Federal (fl. 180). Recebidos os autos, em 14 de agosto de 2009, foram encaminhados

à Procuradoria-Geral da República (PGR), que requereu diligências (fls. 187-190). Cumpridas as diligências, retornaram os autos à PGR, que se pronunciou nos seguintes termos: “6. O feito destinava-se, inicialmente, à apuração da suposta prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67, pelo Deputado Federal José Vieira Lins e por Raimundo Nonato Lisboa, decorrente de irregularidades na execução de diversos convênios firmados pelo Município de Bacabal/MA com o Ministério da Saúde. 7. Posteriormente, o âmbito das investigações foi limitado aos Convênios 1942/01, 583/01 e 1730/02 em razão do benefício disposto no art. 115 do Código Penal a que faz jus o Deputado José Vieira Lins. 8. Ocorre que os Convênios 1942/01 e 583/01 vigoram, respectivamente, de 31.12.2001 a 11.5.2003 e de 31.12.2001 a 24.5.2003. Logo, considerando o prazo prescricional reduzido de 8 (oito) anos, consumou-se a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao delito tipificado no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 atribuído ao Deputado Federal José Vieira Lins. Ressalte-se que o mesmo entendimento não se aplica ao indiciado Raimundo Nonato Lisboa, que não faz jus à redução determinada pelo art. 115 do Código Penal. 9. Acerca do Convênio n. 1730/02, a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA informou que não houve liberação de recursos, o que afasta a materialidade delitiva. 10. Assim, o feito deve prosseguir tão somente quanto ao indiciado Raimundo Nonato Lisboa, que atualmente exerce o mandato de Prefeito do Município de Bacabal/MA, não mais subsistindo a competência do Supremo Tribunal Federal para o seu processamento. 11. Ante o exposto, o Ministério Público Federal requer a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região” (fls. 357-358). É o breve relatório. Passo a decidir. Na hipótese de existência de pronunciamento do Chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a opinio delicti a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assevera que o pronunciamento de arquivamento, em regra, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal (cf. nesse sentido as seguintes decisões: INQ 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, DJ 19.4.1991; INQ 719/AC, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, unânime, DJ 24.9.1993; INQ 851/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, unânime, DJ 6.6.1997; HC 75.907/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, maioria, DJ 9.4.1999; HC 80.560/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 30.3.2001; INQ 1.538/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 14.9.2001; HC 80.263/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 27.6.2003; INQ 1.608/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, unânime, DJ 6.8.2004; INQ 1.884/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ 27.8.2004; INQ (QO) 2.044/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, maioria, DJ 8.4.2005; e HC 83.343/SP, 1ª Turma, unânime, DJ 19.8.2005). Esses julgados ressalvam, contudo, duas hipóteses em que a determinação judicial do arquivamento possa gerar coisa

ulgada material, a saber: prescrição da pretensão punitiva e atipicidade da conduta. Nesse particular, é válido transcrever o inteiro teor da ementa do INQ 1.604/AL, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que expõe essa questão com clareza: “Inquérito policial: arquivamento requerido pelo chefe do Ministério Público por falta de base empírica para a denúncia: irrecusabilidade. 1. No processo penal brasileiro, o motivo do pedido de arquivamento do inquérito policial condiciona o poder decisório do juiz, a quem couber determiná-lo, e a eficácia do provimento que exarar. 2. Se o pedido do Ministério Público se funda na extinção da punibilidade, há de o juiz proferir decisão a respeito, para declará-la ou para denegá-la, caso em que o julgado vinculará a acusação: há, então, julgamento definitivo. 3. Do mesmo modo, se o pedido de arquivamento - conforme a arguta distinção de Bento de Faria, acolhida por Frederico Marques, traduz, na verdade, recusa de promover a ação penal, por entender que o fato, embora apurado, não constitui crime, há de o Juiz decidir a respeito e, se acolhe o fundamento do pedido, a decisão tem a mesma eficácia de coisa julgada da rejeição da denúncia por motivo idêntico (C. Pr. Pen., art. 43, I), impedindo denúncia posterior com base na imputação que se reputou não criminosa. 4. Diversamente ocorre se o arquivamento é requerido por falta de base empírica, no estado do inquérito, para o oferecimento da denúncia, de cuja suficiência é o Ministério Público o árbitro exclusivo. 5. Nessa hipótese, se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 C. Pr. Pen., pode submeter o caso ao chefe da instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se insistir nele, fará o arquivamento irrecusável. 6. Por isso, se é o Procurador-Geral mesmo que requer o arquivamento como é atribuição sua nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal a esse não restará alternativa que não o seu deferimento, por decisão de efeitos rebus sic stantibus, que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia (C. Pr. Pen., art. 18; Súmula 524). 7. O mesmo é de concluir, se qual sucede no caso, o Procurador-Geral, subscrevendo-o, aprova de antemão o pedido de arquivamento apresentado por outro órgão do Ministério Público” (INQ 1.604/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, unânime, DJ 13.12.2002). Constata-se, portanto, que, apenas nas hipóteses de atipicidade da conduta e de extinção da punibilidade, poderá o Tribunal analisar o mérito das alegações trazidas pelo Procurador-Geral da República. Isso evidencia que, nas demais hipóteses, como nada mais resta ao Tribunal a não ser o arquivamento do inquérito, a manifestação do Procurador-Geral da República, uma vez emitida, já seria definitiva no sentido do seu arquivamento. In casu, o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República lastreia-se na extinção da punibilidade pela prescrição. E, com efeito, examinando os autos, assiste-lhe razão. Isso porque, conforme destacado na manifestação do Parquet, o presente inquérito foi instaurado para apurar a possível prática do crime de responsabilidade de Prefeito Municipal, consistente em apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio (pena de reclusão de 2 a 12 anos). Considerando que os recursos destinados à execução dos convênios celebrados

com o Ministério da Saúde deveriam ter sido aplicados durante as vigências dos contratos (entre os exercícios de 1998 e 2002 – fl. 61) e no período do mandato de prefeito (1997-2000 e 2001 a 2004), e o prazo prescricional previsto para o delito (16 anos reduzido pela metade em virtude da idade do acusado - art. 109, II, c/c 115, do CP), há que se reconhecer que decorreu lapso superior a 8 anos entre a data dos fatos e a presente data, fulminando a pretensão punitiva estatal. Apesar de inicialmente as investigações apontarem a tipificação no art. 1º, inciso III, do Decreto-Lei 201/1967, calculamos o prazo prescricional com base no inciso I do mesmo diploma legal (maior prazo). Ante o exposto, na linha da orientação desta Corte, com fundamento no art. 3º, I, da Lei 8.038/90 e art. 21, XV, do RI/STF, acolho a manifestação do Ministério Público Federal e determino o arquivamento do presente expediente com relação ao Deputado Federal José Vieira Lins. Com relação ao indiciado Raimundo Nonato Lisboa, determino o prosseguimento das investigações com remessa dos autos ao TRF da 1ª Região. Publique-se. Brasília, 17 de abril de 2012. Ministro Gilmar Mendes - Relator

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**PROCESSO: ARE 648274 / DF - DISTRITO FEDERAL - RECURSO**  
**EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO**  
**RELATOR: GILMAR MENDES**  
**JULGAMENTO: 16/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO TRABALHISTA. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.**

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário com agravo interposto em face da decisão que inadmitiu o apelo extremo, o qual impugna acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ementado nos seguintes termos: “CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVO. PORTARIAS N.S 24 E 25 DO SECRETÁRIO DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. GARANTIA FUNDAMENTAL À DIGNIDADE E À SAÚDE DO TRABALHADOR. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. 1. As normas que determinam a elaboração e implantação do Programa de Controle Médico Saúde Ocupacional – PCMSO e o Programa de Prevenção de Riscos de Acidentes – PPRA são concretizações dos mandamentos contidos nos arts. 6º e 7º, inciso XXII, da Carta Magna, que consagraram, dentre outros, o direito ao trabalho e à saúde, em que se inclui um meio ambiente saudável, bem como o direito dos trabalhadores à redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio das normas de saúde, higiene e segurança. 2. As Portarias n.s 24 e 25, editadas pelo Secretário de Saúde e Segurança do Trabalho, não ferem, material ou formalmente, o princípio da legalidade. Tais normas definem os critérios de classificação das empresas quanto ao risco de suas atividades, para fins de implementação dos serviços de segurança e medicina do trabalho nas empresas. Os artigos 162, 168 e 200 da Consolidação das Leis do Trabalho delegaram ao Ministério do Trabalho tal mister. 3. Antes de ofenderem qualquer norma de natureza constitucional ou legal, as regras previstas nas NR-07 e NR-09 concretizam dispositivos da legislação celetista que em diversos artigos atribuem ao Ministério do Trabalho

a competência para estabelecer normas e disposições complementares que detalhem o quanto previsto na Consolidação acerca da saúde do trabalhador. 4. *Apelação não provida*". (fl. 586) No recurso extraordinário, aponta-se violação aos arts. 196; 198, §§ 1º e 2º; 200, II, da Constituição Federal. A recorrente aduz a inconstitucionalidade das Normas Regulamentadoras 7 e 9, instituídas pelas Portarias 24 e 25 do Secretário de Segurança e Saúde do Trabalho, ao argumento de que é dever do Estado, e não das empresas privadas, garantir a todos, mediante adequadas políticas sociais e econômicas, o direito à saúde. Acrescenta ainda o seguinte: "(...) a obrigatoriedade de organizar um Programa de Controle Médico de Saúde (PCMS) caracteriza um desrespeito aos cânones constitucionais, na medida que as empresas também são obrigadas a contribuir para a previdência social, caracterizando, deste modo, um *bis in idem*". (fl. 612) Sustenta que "(...) as normas em questão colocam em risco a atividade das empresas, afetando seu equilíbrio econômico-financeiro". (fl. 613) Decido. Inicialmente, registre-se que a constitucionalidade das Normas Regulamentadoras 7 e 9, veiculadas nas Portarias 24/94 e 25/95, já foi questionada perante esta Corte por intermédio da ADI 1.347, Rel. Min. Celso de Mello. Destaque-se que a referida ADI não foi conhecida pelo Plenário do STF, DJe 1º.12.1995, ao fundamento de que os dispositivos questionados não possuíam densidade normativa suficiente para serem impugnados pela via do controle concentrado de constitucionalidade. Na oportunidade, esta Corte também se manifestou sobre a constitucionalidade material das mencionadas portarias, conforme se extrai de trecho do voto condutor: "Impõe-se observar, por necessário, que os atos estatais em questão – que se limitaram a minudenciar prescrições destinadas a proteger a saúde dos trabalhadores em geral – não ofendem, aparentemente, as normas de parâmetro invocadas pela autora para fundamentar a sua pretensão de inconstitucionalidade, pois as regras inscritas no art. 1º, n. IV (liberdade de iniciativa), no art. 196 (a saúde como dever do Estado) e no art. 200, II (reconhecimento da obrigação estatal de executar ações tendentes a preservar a saúde do trabalhador) da Carta Política em momento algum tiveram a sua precedência hierárquico-normativa contrariada ou restringida pelas portarias objeto da presente impugnação em abstrato. Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que também os valores sociais do trabalho constituem um dos fundamentos sobre os quais se edifica, de modo permanente, a construção do Estado democrático de direito (CF, art. 1º, IV, primeira parte), pois é preciso reconhecer que o sentido tutelar que emana desse postulado axiológico abrange, dentre outras providências, a adoção, tanto pelos organismos públicos quanto pela própria comunidade empresarial, de medidas destinadas a proteger a integridade da saúde daqueles que são responsáveis pela força de trabalho". No mesmo sentido, confira-se o RE 398.145, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 9.12.2009. Nesses termos, verifica-se que o acórdão recorrido não merece reparos, pois ao reconhecer a constitucionalidade das Normas Regulamentadoras 7 e 9, veiculadas nas Portarias 24/94 e 25/95, decidiu de acordo jurisprudência firmada por esta Corte. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, §1º, RISTF e 544, §4º, II, "b", do CPC). Publique-se. Brasília, 16 de abril de 2012. Ministro Gilmar Mendes - Relator

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**PROCESSO: RE 638660 / SP - SÃO PAULO - RECURSO EXTRAOR-**  
**DINÁRIO**  
**RELATOR: CEZAR PELUSO**  
**DECISÃO PROFERIDA POR: AYRES BRITTO**  
**JULGAMENTO: 16/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE.** MENOR PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS DECISÃO: Vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, manejado com suporte na alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão assim ementado (fls. 11): “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Matrícula e frequência de menor portador de necessidades especiais em estabelecimento apropriado ao atendimento de sua condição peculiar – Priorização do direito à saúde e educação – Inteligência dos arts. 208, inciso III e 227, ‘caput’ e § 1º, inciso II, reproduzidas no art. 54, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Prova da necessidade por meio de documentos – Desnecessidade de prévia autorização e previsão orçamentária – A Administração Pública deve suportar determinados gastos não previstos especificamente, mas que constituem sua responsabilidade – Inexistência de ofensa aos princípios da independência dos Poderes e da igualdade – Cabimento de fixação de multa contra a Fazenda Pública – Recurso oficial não conhecido e desprovido o recurso voluntário.” 2. Pois bem, a parte recorrente alega violação aos arts. 1º, 2º e 18 da Carta Magna de 1988. 3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros, opina pelo desprovido do apelo extremo. 4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. De saída, anoto que não há falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque é firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes” (MS 23.452, da relatoria do ministro Celso de Mello). 5. Avanço para averbar que o aresto impugnado afina com a jurisprudência desta nossa Corte, que me parece juridicamente correta, no sentido de considerar como norma de eficácia plena o direito à educação previsto no inciso IV do art. 208 do Magno Texto. É que cabeça do citado artigo contém uma redação caracteristicamente impositiva, que revela a natureza mandamental expressa da norma, a qual assegura que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de”; ou seja, a norma é enfática ao afirmar o direito à educação como um dever a ser efetivado pelo Estado. 6. Ora, o comando constitucional não comporta a afirmativa de que esse é um direito pró-futuro, de eficácia diferida no tempo, ou seja, uma norma programática, especialmente no tocante ao atendimento de crianças em fase pré-escolar. Tal interpretação não atende à realidade desejada pela Constituição, que dispôs sobre o direito à educação, literalmente, em primazia, isto é, em primeiro lugar, na organização normativa dos direitos sociais (art. 6º). Não poderia, nessa contextura, ser tomado como

norma programática. 7. Por outra volta, quanto ao tema educação, a Constituição de 1988 se fez praticamente regulamentar. Traz em seu bojo um total de 56 dispositivos na sua parte permanente sobre educação. Nada menos do que 56 dispositivos. Ela, Carta Magna, expressou categoricamente o dever do Estado com a educação e assegurou sua plena efetivação por meio das previsões constantes nos incisos do art. 208. Tratou também de instituir princípios (art. 206) e diretrizes de observância obrigatória, tais como a forma de organização da prestação do ensino (arts. 207, 209, 210 e 211); a destinação de recursos para sua viabilização (arts. 212 e 213); bem como a instituição por lei de um plano nacional de educação que atenda aos objetivos previstos na mesma Lei Maior (art.214). Mais: no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são quarenta dispositivos dedicados ao mesmo tema. Vale dizer, há 96 dispositivos constitucionais focadamente direcionados para regulação do tema da educação. 8. Também não há falar em impossibilidade material de se concretizar os preceitos constitucionais dedicados ao assunto. É que, como visto, a própria Constituição organizou o financiamento do sistema de educação. Ou seja, supriu materialmente – por meio da figura da repartição das receitas – os entes federados para que dessem cabo ao mister educativo, dentro de suas competências. 9. A propósito, cabe ressaltar, o empenho constitucional para com o tema ficou ainda mais evidente com a promulgação da Emenda Constitucional 14/96, que sedimentou o compromisso financeiro da União, dos Estados e dos Municípios com a educação. Leia-se, especialmente, a redação do § 1º do art. 211 da Carta Magna de 1988, modificado pela mencionada Emenda: “§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.”<sup>10</sup>. De se ver, portanto, a vontade do constituinte em garantir, financeiramente, meios de dar sustentabilidade ao sistema educacional brasileiro, elegendo a solidariedade como um de seus parâmetros. Aliás, essa foi a conclusão a que chegou esta nossa Corte de Justiça no julgamento da constitucionalidade do citado parágrafo, na ADI 1.749, sob a relatoria do ministro Octavio Galloti, cujo voto reproduzo, na parte que interessa: “Nítida e acentuadamente evoluiu, a nossa Federação, do dualismo clássico de 1891, para o tipo solidário ou cooperativo que hoje ostenta, e de que são elementos característicos (no que interessa especialmente à tese proposta pelos autores), tanto o próprio sistema de transferências tributárias, adotado a partir da Emenda nº 18, de 1965, à Constituição de 1946, como o significativo postulado da colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios na organização de seus sistemas de ensino, reveladoramente inscrito no art. 211 do texto original da de 1988.”<sup>11</sup>. Nesse particular, portanto, a Constituição se faz digna de toda a nossa admiração, porque não se pode falar de reforma, de transformação, de arejamento, de modernidade, sem começar pelo campo da educação; e ainda mais nas idades



iniciais, nas quais se fixam o caráter e a personalidade dos cidadãos. 12. Por outra volta, no que tange especificamente à educação infantil, a jurisprudência deste nosso Tribunal reconheceu, de forma pacífica, a legitimidade da atuação judicial para assegurar a imediata implementação desse direito pelos órgãos públicos e, como dito, a natureza de plena eficácia da norma. 13. De mais a mais, impende ressaltar que a Constituição Federal elegeu a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. E, aqui, proponho a reflexão no sentido de aquilatar se há melhor caminho para o desenvolvimento e exercício da cidadania do que o trilhado pela educação. 14. Entendo que a educação é essencial para o progresso e desenvolvimento da pessoa humana, representando fator de igualação entre os indivíduos na busca de condições mais elevadas de vida. Refiro-me à possibilidade de acesso a um sistema educacional mais democrático e uniforme, ao alcance de todos, de forma a proporcionar, muitas vezes por via única, o crescimento intelectual, profissional e material da pessoa. 15. Em um segundo espaço de tempo, é certo que os reflexos de um sistema educacional eficiente, qualificado por abrangente e não discriminatório, repercutem diretamente no grau de desenvolvimento social, econômico, político e cultural de um País. 16. Não foi à toa que a Constituição Republicana, em seu art. 205, esboçou os objetivos visados com a educação, destacando o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Tais fins, não é exagero dizer, vão ao encontro dos objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, para os quais, não obstante conhecidos por todos, chamo novamente à atenção nessa oportunidade: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.” 17. Pelo que, sob este último prisma, se revela como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana (inciso II do art. 1º da CF/88). O que faz de tal acesso um direito que se desfruta às expensas do Estado, em ordem a se postar (o direito a essa educação inicial) como um luminoso ponto de interseção do constitucionalismo liberal com o social. Vale dizer, faz com que um clássico direito individual se mescle com um moderno direito social. 18. E, à vista do brilho com que descortinou a matéria, tomo de préstimo as palavras do ministro Celso de Mello, trazendo à baila a ementa do RE 410.715-AgR, cujo teor é o seguinte: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças,

a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina." 19. Vejam-se, ainda, os Als 592.075-AgR, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 781.468, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia; bem como os REs 384.201-AgR, 401.673-AgR e 411.518-AgR, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 436.996-AgR, sob a relatoria do ministro Celso de Mello; 463.210-AgR, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso; 464.143-AgR, sob a relatoria da ministra Ellen Gracie; 554.075-AgR, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia; 592.937-AgR, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso; 594.018, sob a relatoria do ministro Eros Grau. 20. À derradeira, ponto que esta Corte já decidiu não haver óbice à cominação de astreintes contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer (AI 758.647, da relatoria da ministra Cármen Lúcia, DJ de 06/08/2009). 21. Por todo o exposto, e como já afirmado nos precedentes deste Supremo Tribunal, tenho como de inegável natureza plena e mandamental o inciso IV do artigo 208 da Magna Carta de 1988. Dispositivo cujo imediato cumprimento não pode ser objeto de

omissão do Poder Público. Isso posto, e frente ao caput do art. 557 do CPC, e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 16 de abril de 2012. Ministro AYRES BRITTO

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**PROCESSO: RE 639293 / DF - DISTRITO FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO**  
**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**  
**JULGAMENTO: 13/04/2012**

**MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL.** Decisão. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA DE MÉDICO OBTIDO NO EXTERIOR. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA. INEXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA NO RE Nº 584.573. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF). 2. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. 3. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelo dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada. 4. In casu, o recorrido assentou: “ADMINISTRATIVO. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA. CURSO DE MEDICINA REALIZADO NA BOLÍVIA. REVALIDAÇÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. 1. O país em que o impetrante cursou o ensino superior (Bolívia) não foi signatário da Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe. 2. Reconhecido o direito do impetrante à realização da complementação dos estudos, na forma prevista no art. 7º, § 3º, da Resolução CNE/CES 01/02.” 5. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes. 6. Por oportuno, ressalte-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, rejeitou a repercussão geral do tema objeto da controvérsia – reconhecimento automático de diploma obtido no exterior – ao julgar o RE nº 584.573, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 20/06/2008. 7. Recurso extraordinário a que se nega seguimento. Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto

pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR, com fulcro no art. 102, inciso III, alínea "a", da Carta Magna, para adversar acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: "ADMINISTRATIVO. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA. CURSO DE MEDICINA REALIZADO NA BOLÍVIA. REVALIDAÇÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. 1. O país em que o impetrante cursou o ensino superior (Bolívia) não foi signatário da Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe. 2. Reconhecido o direito do impetrante à realização da complementação dos estudos, na forma prevista no art. 7º, § 3º, da Resolução CNE/CES 01/02." Opostos embargos de declaração, a eles foi negado provimento. Em sede de recurso extraordinário, a ora recorrente alega violação aos artigos 5º, XIII, 37, caput, e 207, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, que "a UFPR agiu dentro da mais absoluta legalidade e zelou taxativamente pela moralidade pública, será ato de extrema irresponsabilidade lançar ao mercado de trabalho da saúde profissionais não habilitados a lidar com a vida humana". É o Relatório. DECIDO. A irresignação não prospera. Ab initio, a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Conseqüentemente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). Verifica-se, na espécie, que os artigos da Constituição Federal que o recorrente considera violados (5º, XIII, 37, caput, e 207, da CF) não foram debatidos no acórdão recorrido. Além disso, os embargos de declaração opostos, não suscitaram a omissão referente aos artigos violados, faltando, ao caso, o necessário prequestionamento da questão constitucional, que deve ser explícito, o que inviabiliza a pretensão de exame do recurso extraordinário. Incide, portanto, o óbice das Súmulas ns. 282 e 356 do STF, verbis: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" e "o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento." Confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes precedentes deste Sodalício, verbis: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - REEXAME DE FATOS E PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 279/STF - RECURSO IMPROVIDO. - A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza - ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica - a utilização do recurso extraordinário. Precedentes. - A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. - Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório. Precedentes. (AI n. 758.626-AgR, Segunda Turma,

Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 23.03.11). AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. PENSIONISTAS DE EX-FERROVIÁRIOS DA FEPASA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356. DECRETO Nº 35.530/59. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA 280. REEXAME DE FATOS E CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 279 E 454. AGRADO IMPROVIDO I - Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. II Omissis. III Omissis. IV – Agravo regimental improvido. (AI n. 793.610-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 17.11.10 ). Demais disso, a violação constitucional dependente da análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional, encerra violação reflexa e oblíqua, tornando inadmissível o recurso extraordinário. No caso, a verificação da possibilidade à complementação dos estudos para se ter regulamentado o diploma, obtido no exterior, demandaria a interpretação de dispositivos infraconstitucionais. Nesse sentido: RE nº 596.682, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe de 21/10/10, e Ainº 808.361, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 08/09/10, entre outros. Ressalte-se, por oportuno, que o Plenário desta Corte, ao julgar o RE nº 584.573, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 20/06/2008, rejeitou a repercussão geral do tema – reconhecimento automático para a prática de profissão regulamentada, com diploma obtido no exterior. Na oportunidade, a acórdão restou assim ementado: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. DIPLOMA OBTIDO NO EXTERIOR. RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão restrita ao interesse das partes.” Ex positis, NEGOU SEGUIMENTO ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 13 de abril de 2012. Ministro Luiz Fux – Relator

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**PROCESSO: ARE 666805 / GO – GOIÁS - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO**

**RELATOR: DIAS TOFFOLI**

**JULGAMENTO: 11/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. INVALIDEZ PERMANENTE**

Decisão: Vistos. Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. AGRADO RETIDO. AÇÃO DE COBRANÇA C/C DANOS MORAIS. SEGURO EM GRUPO. INVALIDEZ PERMANENTE. LAUDO DO INSS. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA JUDICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1 – Não caracteriza cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, se o apelado foi aposentado por invalidez pelo INSS, cuja perícia, conclusiva de que o beneficiário não tem condições de saúde para continuar desempenhando sua atividade laborativa, é corroborada por laudo de médico assistente da própria Seguradora, ainda que

este último classifique a invalidez permanente como parcial, sendo despiciendas a realização de perícia judicial e expedição de ofício à autarquia federal para apresentação da cópia integral do processo administrativo que concedeu aposentadoria por invalidez ao autor. 2 – A invalidez permanente há de ser entendida como aquela que impossibilita a pessoa para o desempenho de sua profissão habitual, e não para o exercício de qualquer atividade” (fl. 217). No recurso extraordinário sustenta-se violação dos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. Decido. Não merece prosperar a irresignação, haja vista que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que afronta aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependente de reexame prévio de normas infraconstitucionais, seria indireta ou reflexa, o que inviabiliza o trânsito do recurso extraordinário nesse ponto. Sobre o tema, anote-se: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS CONDOMINIAIS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional e do reexame de provas na via do recurso extraordinário. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar apenas ofensa reflexa à Constituição da República” (AI nº 594.887/SP–AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/11/07). “AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes” (AI nº 360.265/RJ–AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 20/9/02). Por outro lado, este Supremo Tribunal Federal já assentou que a alegada violação do princípio da ampla defesa, em virtude do julgamento antecipado da lide, seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que não enseja reexame em recurso extraordinário. Nesse sentido, anote-se: “Agravamento regimental em recurso extraordinário. 2. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Ofensa reflexa à CF/88. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 502.016/RJ–AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 14/11/07). “RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Acórdão impugnado que antecipou o julgamento da lide. Produção de provas. Alegação de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Ofensa constitucional indireta. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente

a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte” (AI nº 555.892/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 20/4/06). “Recurso extraordinário: descabimento: questão decidida à luz da legislação infraconstitucional que regula o julgamento antecipado da lide e a produção de provas; alegação de ofensa reflexa à Constituição, de exame inviável no extraordinário: incidência, mutatis mutandis, da Súmula 636” (AI nº 501.445/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 3/9/04). Por fim, ressalte-se que o Tribunal de origem decidiu a lide amparado no conjunto probatório acostado aos autos, de reexame incabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 11 de abril de 2012. Ministro Dias Toffoli - Relator

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**PROCESSO: RE 668807 / SP - SÃO PAULO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

**RELATOR: LUIZ FUX**

**JULGAMENTO: 10/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO AMBIENTAL. REGULAMENTAÇÃO DA COLETA DE ÓLEO VEGETAL E SEUS RESÍDUOS. INCONSTITUCIONALIDADE TOTAL OU PARCIAL DA LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 280 DO STF. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos da Administração Pública é formalmente inconstitucional, porquanto compete privativamente ao chefe do Poder Executivo a iniciativa de tais leis. (Precedentes: ADI n.2.857, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, DJe de 30.11.07; ADI n. 2.730, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 28.5.10; ADI n. 2.329, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 25.6.10; ADI n. 2.417, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Pleno, DJ de 05.12.03; ADI n.1.275, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 08.06.10; RE n. 393.400, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17.12.09; RE n. 573.526, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 07.12.11; RE n. 627.255, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 23.08.10, entre outros). 2. Ademais, para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo Tribunal a quo, quanto à inconstitucionalidade parcial, e não integral, da legislação local, implicaria, necessariamente, o reexame da referida lei (Lei n. 4.566/09 do Município de Mogi Guaçu), o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – OBJETO – LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR, PROMULGADA PELO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL, QUE REGULAMENTA A COLETA DE ÓLEO VEGETAL (COZINHA) E SEUS RESÍDUOS – IMPOSIÇÃO DE NOVOS DEVERES E ATRIBUIÇÕES PARA AGENTE E ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPAIS – ATOS DE GESTÃO – MATÉRIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO**

PORDER EXECUTIVO MUNICIPAL – VÍCIO DE INICIATIVA – INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO PROCEDENTE. É inconstitucional, por se ofensiva ao princípio da separação dos poderes (artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo), a lei de iniciativa parlamentar, promulgada pelo Presidente da Câmara dos Vereadores, que impõe novos deveres e atribuições aos órgãos e agentes administrativos municipais. A imposição de novos deveres aos órgãos e agentes administrativos municipais consiste em ato de gestão que é de iniciativa privativa do Prefeito.” 4. Recurso extraordinário interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal de 1988, em face de v. acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – OBJETO – LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR, PROMULGADA PELO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL, QUE REGULAMENTA A COLETA DE ÓLEO VEGETAL (COZINHA) E SEUS RESÍDUOS – IMPOSIÇÃO DE NOVOS DEVERES E ATRIBUIÇÕES PARA AGENTE E ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPAIS – ATOS DE GESTÃO – MATÉRIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PORDER EXECUTIVO MUNICIPAL – VÍCIO DE INICIATIVA – INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO PROCEDENTE. É inconstitucional, por se ofensiva ao princípio da separação dos poderes (artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo), a lei de iniciativa parlamentar, promulgada pelo Presidente da Câmara dos Vereadores, que impõe novos deveres e atribuições aos órgãos e agentes administrativos municipais. A imposição de novos deveres aos órgãos e agentes administrativos municipais consiste em ato de gestão que é de iniciativa privativa do Prefeito.” Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 146/148). Em suas razões recursais, o recorrente sustenta, em síntese, que “ao declarar a lei integralmente inconstitucional, o Col. Órgão Especial do TJSP impediu o Município de legislar sobre a proteção ao meio ambiente e à saúde, contrariando a Constituição da república quanto aos seguintes dispositivos: (a) art. 23, II, VI e VII; (b) art. 30, I e II; (c) art. 225, § 1º, V, (d) 170, V e VI. Não bastasse isso, ao reconhecer que a matéria tratada na lei é de iniciativa reservada do Chefe do Executivo, a decisão contrariou o art. 2º, o art. 61, § 1º, e o art. 84, II, todos da Constituição da República, dando-lhes interpretação que não se coaduna com a correta exegese dessas normas constitucionais” (fl. 196). Foram apresentadas contrarrazões ao recurso extraordinário (fls. 214/221). É o relatório. DECIDO. O recurso não merece prosperar. O Tribunal a quo, ao proferir o acórdão recorrido, salientou: “A Lei n. 4.566/2009 do Município de Mogi Guaçu resultou do Projeto de Lei n. 81/2009, de autoria do Vereador Salvador Franceli Neto. O Prefeito vetou o aludido Projeto (cf. Fls. 13), mas a Câmara Municipal rejeitou o veto (cf. Fls. 14), ensejando a promulgação da Lei pelo Presidente da casa legislativa (cf. fls. 15/16. (...)) Com efeito, além de impor à Secretaria de Agricultura, Abastecimento e Meio Ambiental o dever de criar ‘uma modalidade de Certificação para habilitação de pessoas físicas e jurídicas desenvolverem suas atividades relacionadas



à produção e comercialização de produtos alimentícios' (artigo 3º, § 4º), a Lei também impõe aos órgãos municipais o dever de fiscalizar as empresas (artigo 5º). Ocorre que a imposição de novos deveres e atribuições aos agentes e órgãos administrativos municipais consiste em ato de gestão administrativa, que é matéria de iniciativa privativa do Prefeito (artigo 47. incisos II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo). Sendo assim, a Lei impugnada violou os limites de iniciativa do Poder Legislativo, afrontando, assim, o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Estadual." Cito, ainda, trecho elucidativo do Voto proferido quando do julgamento dos Embargos declaratórios, verbis: "Não subsiste a alegação de que o fundamento utilizado para declarar a inconstitucionalidade da lei impugnada – qual seja, a impossibilidade de uma lei de autoria parlamentar impor deveres e atribuições aos agentes e órgãos administrativos – vicia tão somente o artigo 4º da Lei impugnada, e não a integralidade desta última, tal como consta do v. acórdão. Isto porque, sem o sistema de fiscalização (disciplinado no artigo 3º, § 4º e 4º), torna-se inócua a manutenção dos artigos da lei. Com efeito, de nada adianta regulamentar a coleta de óleo vegetal e seus resíduos se não for possível fiscalizar o cumprimento das normas. E nem se diga que a Lei não precisaria disciplinar o sistema de fiscalização, pois isto equivaleria a burlar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo." Ora, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que é formalmente inconstitucional a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos da Administração Pública, porquanto compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de tais leis. À guisa de exemplo, cito os seguintes julgados: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.835/2001 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. INCLUSÃO DOS NOMES DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS INADIMPLENTES NO SERASA, CADIN E SPC. ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. INICIATIVA DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e, e art. 84, VI, a da Constituição federal). Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada." (ADI n. 2.857, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, DJe de 30.11.07). "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.385/2002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUE CRIA O PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA ÀS PESSOAS PORTADORAS DA DOENÇA CELÍACA E ALTERA AS ATRIBUIÇÕES DE SECRETARIAS ESTADUAIS. VÍCIO FORMAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo estadual para legislar

sobre a organização administrativa do Estado. Art. 61, § 1º, inc. II, alínea e, da Constituição da República. Princípio da simetria. Precedentes. 2. A natureza das disposições concernentes a incentivos fiscais e determinação para que os supermercados e hipermercados concentrem em um mesmo local ou gôndola todos os produtos alimentícios elaborados sem a utilização de glúten não interferem na função administrativa do Poder Executivo local. 3. A forma de apresentação dos produtos elaborados sem a utilização de glúten está relacionada com a competência concorrente do Estado para legislar sobre consumo, proteção e defesa da saúde. Art. 24, inc. V e XII, da Constituição da República. Precedentes. 4. Ação julgada parcialmente procedente.” (ADI n. 2.730, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 28.5.10). “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ALAGONA N. 6.153, DE 11 DE MAIO DE 2000, QUE CRIA O PROGRAMA DE LEITURA DE JORNAIS E PERIÓDICOS EM SALA DE AULA, A SER CUMPRIDO PELAS ESCOLAS DA REDE OFICIAL E PARTICULAR DO ESTADO DE ALAGOAS. 1. Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual para legislar sobre organização administrativa no âmbito do Estado. 2. Lei de iniciativa parlamentar que afronta o art. 61, § 1º, inc. II, alínea e, da Constituição da República, ao alterar a atribuição da Secretaria de Educação do Estado de Alagoas. Princípio da simetria federativa de competências. 3. Iniciativa louvável do legislador alagoano que não retira o vício formal de iniciativa legislativa. Precedentes. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI n. 2.329, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 25.6.10). “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 10539/00. DELEGACIA DE ENSINO. DENOMINAÇÃO E ATRIBUIÇÕES. ALTERAÇÃO. COMPETÊNCIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SIMETRIA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS-MEMBROS. VETO. REJEIÇÃO E PROMULGAÇÃO DA LEI. VÍCIO FORMAL: MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. 1. Delegacia de ensino. Alteração da denominação e das atribuições da entidade. Iniciativa de lei pela Assembléia Legislativa. Impossibilidade. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo sobre matérias pertinentes à Administração Pública (CF/88, artigo 61, § 1º, II, ‘e’). Observância pelos estados-membros às disposições da Constituição Federal, em razão da simetria. Vício de iniciativa. 2. Alteração da denominação e das atribuições do órgão da Administração Pública. Lei oriunda de projeto da Assembléia Legislativa. Veto do Governador do Estado, sua rejeição e a promulgação da lei. Subsistência do atentado à competência reservada ao Chefe do Poder Executivo para dispor sobre a matéria. Vício formal insanável, que não se convalida. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10539, de 13 de abril de 2000, do Estado de São Paulo” (ADI n. 2.417, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Pleno, DJ de 05.12.03). Ainda nesse sentido: ADI n.1.275, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 08.06.10; RE n. 393.400, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17.12.09; RE n. 573.526, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 07.12.11; RE n. 627.255, Relatora a Ministra Cármen Lúcia,

DJe de 23.08.10, entre outros. Ademais, entendimento diverso do adotado pelo Tribunal a quo, como deseja o recorrente, quanto a inconstitucionalidade apenas parcial, e não integral, da legislação local, implicaria, necessariamente, o reexame da referida lei ( Lei n. 4.566/09 do Município de Mogi Guaçu), o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Relativamente ao verbete sumular, traz-se a lume o comentário do ilustre professor Roberto Rosas, in *Direito Sumular*, 14ª edição, Editora Malheiros, verbis: “280. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário. A interpretação do direito local ou então a violação de direito local para possibilitar o recurso extraordinário é impossível, porque o desideratum do legislador e a orientação do STF são no sentido de instituir o apelo final no âmbito da lei federal, mantendo a sua supremacia. A Súmula 280, seguindo nessa esteira, afirma que por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário. Ressalte-se que, quando as leis estaduais conflitam no tempo, a matéria já está no plano do direito federal, porquanto o Direito Intertemporal é do âmbito da lei federal (RE 51.680, Rel. Min. Luiz Gallotti, DJU 1.8.1963). Quanto às leis municipais adota-se o mesmo ponto concernente às leis estaduais. As Leis de Organização Judiciária são locais, estaduais, portanto não podem ser invocadas para a admissão de recurso extraordinário, sendo comum os casos onde surgem problemas no concernente ao julgamento da causa pelo tribunal a quo, discutindo-se a sistemática nos julgamentos: juízes impedidos, convocação de juízes etc. (RE 66.149, RTJ 49/356). Não será matéria de direito local se essa mesma sistemática é contrária à lei federal, verbi gratia, o Código de Processo Civil. Na mesma linha de raciocínio estão os regimentos internos dos tribunais. ‘Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento interno de tribunal’ (Súmula 399; RE 57.747, Rel. Min. Cândido Motta, RTJ 43/87; RTJ 54/197, 444 e 610; RE 85.909, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 83/584; RE 81.855, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 89/529).” Ex positis, NEGO SEGUIMENTO ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 10 de abril de 2012. Ministro Luiz Fux - Relator

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**PROCESSO: AI 720855 AgR / SP - SÃO PAULO - AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**RELATORA: ROSA WEBER**

**JULGAMENTO: 02/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEIS SOBRE PLANOS DE SAÚDE** Decisão. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pela eminente Ministra Ellen Gracie, que negou seguimento ao agravo de instrumento. Constato que a matéria tratada no recurso extraordinário, cujo trânsito se persegue, é idêntica à submetida ao Plenário Virtual para análise da repercussão geral no RE 578.801, verbis: “DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEIS SOBRE

PLANOS DE SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Há repercussão geral na questão sobre a aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde aos contratos firmados antes da sua vigência, à luz do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República”. Nessa linha, reproduzo o teor de trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que desafiou o manejo, pela parte ora agravante, do recurso extraordinário, verbis: “Há inegavelmente prestação de serviço em autêntica relação de consumo regida pelo CDC, o que permite seja reconhecida a abusividade da cláusula restritiva ao direito da autora-recorrida. De fato, há cobertura para emergências e cirurgias, mas incompreensivelmente se exclui a substituição da prótese. Ressalte-se que a restrição prevista no contrato, mormente sendo ele de adesão, não autoriza a exclusão defendida pela ré-recorrente. A inversão do ônus da prova, nos termos do CDC, é igualmente cabível”. O art. 328 do RISTF autoriza a devolução dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento aos Tribunais ou Turmas Recursais de origem para os fins previstos no art. 543-B do CPC, entendimento assentado nos precedentes desta egrégia 1ª Turma, dentre os quais o RE 587.144-ED, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 10.6.2010, o AI 809.009-AgR, rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.8.2011, e o AI 724.356-AgR, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 08.02.2012. Reproduzo o teor da decisão proferida no RE 587.144-ED: “REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. QUESTÃO SUSCETÍVEL DE REPRODUZIR-SE EM MÚLTIPLOS FEITOS. ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. Relatório... Apreciada a matéria posta em exame, DECIDO. 4. No julgamento eletrônico do Recurso Extraordinário 606.358, Relatora a Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada neste recurso extraordinário. Reconhecida a repercussão geral do tema, os autos deverão retornar à origem para aguardar o julgamento do mérito e, após a decisão, observar o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil. 5. Apesar de afirmar que o caso dos autos é diferente do discutido no Recurso Extraordinário 606.358, Relatora a Ministra Ellen Gracie, os temas são idênticos. A pretensa existência de diferença na argumentação jurídica não é suficiente para obstar a devolução dos autos à origem, pois o instituto da repercussão geral tem por objeto consolidar o exame da matéria em um único julgamento considerando todas as premissas relacionadas ao tema. 6. Pelo exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental e, em juízo de reconsideração, anulo a decisão agravada, mantendo a matéria sub judice, e determino a devolução destes autos ao Tribunal a quo para que seja observado o art. 543-B do Código de Processo Civil, nos termos do art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Ficam prejudicados os embargos declaratórios opostos contra o despacho de sobrestamento.” Cito, ainda, o seguinte precedente da 2ª Turma desta Corte, verbis: “QUESTÃO DE ORDEM. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO ANTERIORMENTE A 20.8.2008, DATA EM QUE O

PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APRECIOU A QUESTÃO DE ORDEM NO RE 540.410/RS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA E DEVOLUÇÃO DOS AUTOS, NOS TERMOS DO ART. 328 DO RISTF, AO TRIBUNAL DE ORIGEM, BEM COMO A OBSERVÂNCIA, NO TOCANTE AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o AI 715.423-QO/RS, por mim relatado, firmou entendimento, posteriormente confirmado no julgamento do RE 540.410-QO/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, no sentido de que também se aplica o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil aos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados antes de 03.5.2007 e que veiculem tema em relação ao qual já foi reconhecida a existência de repercussão geral. 2. No presente caso - discussão quanto ao cabimento de indenização aos servidores públicos em razão de omissão legislativa relativa ao reajuste anual dos vencimentos, conforme preceitua o art. 37, X, da Constituição Federal - esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria no RE 565.089/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 31.01.2008. 3. Existência de manifestação do Plenário desta Corte no sentido de devolver aos Tribunais de origem todos os recursos extraordinários que versem a mesma matéria, para os fins previstos no artigo 543-B do CPC. 4. Questão de ordem resolvida da seguinte forma: reconsideração da decisão agravada e devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, bem como observância, no tocante ao apelo extremo, das disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil, prejudicado o agravo regimental interposto. Extensão desta solução aos demais recursos (agravos regimentais e embargos de declaração), interpostos de decisão monocrática, anteriormente a 20.8.2008." (RE 483.994-AgR-QO, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 21.11.2008). Ante o exposto, anulo a decisão agravada, restando prejudicado o agravo regimental. Devolvam-se os autos à Corte de origem (art. 543-B do CPC). Publique-se. Brasília, 02 de abril de 2012. Ministra Rosa Weber - Relatora

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA****PROCESSO: RESP 1102849 / RS - RECURSO ESPECIAL 2008/0274700-3****RELATOR: SIDNEI BENETI (1137)****ÓRGÃO JULGADOR: T3 - TERCEIRA TURMA****JULGAMENTO: 17/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. DANOS MATERIAIS. PACOTE TURÍSTICO. CONTRATO DE SEGURO SAÚDE PARA VIAGEM. CONTRATAÇÃO CASADA. NEGATIVA INDEVIDA DE COBERTURA NO EXTERIOR. CADEIA DE CONSUMO. SOLIDARIEDADE LEGAL ENTRE A OPERADORA E A SEGURADORA. ART. 7º DO CDC. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM TRANSPORTE EM UTI AÉREA PARA O BRASIL E DEMAIS DESPESAS MÉDICAS. CABIMENTO. 1.- O Tribunal de origem, analisando os fatos concluiu tratar-se de má prestação de um serviço, sendo a operadora de turismo, portanto,**

prestadora de serviço, como tal responde, independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. 2.- Acresce que o parágrafo único do art. 7º do Código consumerista adotou o princípio da solidariedade legal para a responsabilidade pela reparação dos danos causados ao consumidor, podendo, pois, ele escolher quem acionará. E, por tratar-se de solidariedade, caberá ao responsável solidário acionado, depois de reparar o dano, caso queira, voltar-se contra os demais responsáveis solidários para se ressarcir ou repartir os gastos, com base na relação de consumo existente entre eles. 3.- Desse modo, a distinção que pretende a recorrente fazer entre a sua atuação como operadora dissociada da empresa que contratou o seguro de viagem não tem relevância para a solução do caso e não afastaria jamais a sua responsabilidade. 4.- Recurso Especial improvido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Massami Uyeda, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**PROCESSO: AGRG NO AG 1341183 / PB - AGRAVO REGIMENTAL NO  
AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0155289-9**

**RELATOR: MASSAMI UYEDA (1129)**

**ÓRGÃO JULGADOR: T3 - TERCEIRA TURMA**

**JULGAMENTO: 10/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. SEGURO DE SAÚDE. - ALEGAÇÃO DE QUE O PROCEDIMENTO DE COLOCAÇÃO DE STENT, NÃO É PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, MAS APENAS UM PROCEDIMENTO DE IMPLANTE DE PRÓTESE - EXCLUSÃO DO TIPO DE PROCEDIMENTO DA COBERTURA SECURITÁRIA - INOVAÇÃO RECURSAL - ANÁLISE NESTA FASE PROCESSUAL - IMPOSSIBILIDADE - CONTRATO FIRMADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.9656/98 - OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - POSSIBILIDADE DE SE AFERIR, NAS RENOVAÇÕES, A ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS À LUZ DO QUE DISPÕE A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA - ANGIOPLASTIA CORONARIANA - COLOCAÇÃO DE STENT - POSSIBILIDADE - EXCLUSÃO DA COBERTURA DO CUSTEIO OU DO RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO - INADMISSILIDADE - ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS - LIMITAÇÃO DE TRATAMENTO PARA DOENÇA COBERTA PELO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os**

autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA****PROCESSO: RESP 1144840 / SP - RECURSO ESPECIAL 2009/0184212-1****RELATORA: NANCY ANDRIGHI (1118)****ÓRGÃO JULGADOR: T3 - TERCEIRA TURMA****JULGAMENTO: 20/03/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO. NECESSIDADE.** 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. 3. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual. 4. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais. 5. Recurso especial provido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª. REGIÃO****PROCESSO: AMS 2009.34.00.038030-3/DF; APELAÇÃO EM MANDADO**

**DE SEGURANÇA**  
**RELATOR: SOUZA PRUDENTE**  
**ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA**  
**JULGAMENTO: 14/03/2012**

**MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO Nº 56/2009. PROIBIÇÃO DE USO DE EQUIPAMENTOS DE BRONZEAMENTO ARTIFICIAL. PODER DE POLÍCIA. LEGALIDADE. I - No uso de sua competência para normatizar a comercialização e uso de equipamentos de interesse para a saúde, conferida pela lei 9.782/1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA, editou a Resolução nº 56/2009, a fim de proibir o uso de equipamentos de bronzeamento artificial, com finalidade estética, baseada na emissão de radiação ultravioleta (UV). II - Se a Constituição da República Federativa do Brasil, no âmbito normativo da tutela cautelar do Meio Ambiente, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (CF, art. 225, § 1º, V), enquanto a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, tem, como objetivo principal, a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida (art. 2º, caput), há de se entender porque as atividades relativas à utilização de equipamento de bronzeamento artificial, que oferecem riscos à saúde humana, deverão se submeter ao atuar legítimo do poder de polícia da ANVISA, através dos termos da Resolução nº 56/2009, nas comportas de sua competência legal. III - Apelação desprovida. Sentença confirmada. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação.**

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: AMS 2005.34.00.009832-4/DF - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA**  
**RELATOR: JOÃO BATISTA MOREIRA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA**  
**JULGAMENTO: 12/03/2012**

**MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. ADMINISTRATIVO. FARMÁCIA. LICENCIAMENTO. 1. Na sentença, foi confirmada liminar, deferindo-se a segurança, “para determinar que a autoridade impetrada emita em favor da impetrante, em caráter definitivo, a autorização de funcionamento de sua farmácia privativa”. 2. Dispõe o art. 15 da Lei n. 5.991/73 que “a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei”. 3. Diz a Lei n. 6.839/80, art. 1º, que “o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestam serviços a terceiros”. 4. O registro das empresas farmacêuticas no CRF em cuja circunscrição se situam é**



medida indispensável ao regular funcionamento. 5. Nos termos da Lei 9.782/99, art. 6º, a ANVISA se destina a promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados. Daí que entre suas atribuições (art. 7º) estão: “estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária” (inciso III); “autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos” (inciso VII); “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” (inciso XIV); “cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde” (inciso XVI). 6. A propósito da atuação da ANVISA, já decidiu esta Turma: “Ao instituir condições à autorização para funcionamento de estabelecimentos farmacêuticos, a ANVISA nada mais fez do que dar aplicação práticas às suas finalidades e concretude às suas atribuições legais, estabelecendo, preventivamente, política de resguardo à saúde da população” (AC 2005.34.00.009812-9/DF, Rel. Juiz Federal Convocado Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, 5ª Turma, Data do Julgamento: 28/09/2011). 7. De outra feita, julgou este Órgão colegiado: “O princípio constitucional da livre iniciativa não inviabiliza a intervenção do Estado na atividade econômica, na medida em que o artigo 174 da Carta Magna é expresso ao afirmar que o Estado exercerá as funções de fiscalização da atividade econômica, dada a sua condição de agente normativo e regulador da ordem econômica” (MC 2006.01.00.007691-5/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 24/08/2006). 8. Apelação e remessa oficial providas para, reformando a sentença, reconhecer válidas as exigências feitas pela Impetrada para deferimento de licença para funcionamento da Impetrante. Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à Apelação e à Remessa Oficial, nos termos do voto do Relator.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª. REGIÃO****PROCESSO: AGA 0049018-73.2010.4.01.0000/GO - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO****RELATOR: DANIEL PAES RIBEIRO****ÓRGÃO JULGADOR: SEXTA TURMA****JULGAMENTO: 05/03/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO PARA FERTILIDADE. INEXISTÊNCIA DO PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL. INDEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUIMENTO NEGADO. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO PROVIMENTO. 1. O direito à saúde, constitucionalmente assegurado, “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” (art. 196, CF), não pode ser entendido com a elasticidade pretendida, para autorizar, indistintamente, todo e qualquer tipo de tratamento, mormente quando, como no caso, não há qualquer risco para a vida da agravante, que pretende dar sequência ao seu tratamento de fertilização. 2. Inexistência de ilegalidade na decisão agravada que indeferiu o pedido de antecipação da tutela, em conformidade com o entendimento deste Tribunal, e, igualmente, da decisão do relator que negou seguimento ao agravo de instrumento. 3. Agravo regimental não provido. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª. REGIÃO**

**PROCESSO: AGRSLT 0057540-55.2011.4.01.0000/DF - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

**RELATOR: OLINDO MENEZES**

**ÓRGÃO JULGADOR: CORTE ESPECIAL**

**JULGAMENTO: 01/03/2012**

**MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. RESTRIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS EM FARMÁCIAS E DROGARIAS. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS QUE PRESCINDEM DE RECEITA MÉDICA. AUSÊNCIA DE GRAVE LESÃO AOS BENS TUTELADOS.** 1. “A Instrução Normativa nº 09/09 tem o propósito de restringir o comércio, em farmácias e drogarias, de produtos que, na percepção da Agência de Vigilância Sanitária - Anvisa - não guardam qualquer relação com a saúde, os assim chamados ‘artigos de conveniência’. Sabido que legislações estaduais permitem o comércio desses produtos em farmácias, listando como tais mercadorias que não prejudicam a saúde (v.g., filmes fotográficos, isqueiros, água mineral, etc.), tudo recomenda que a execução da política pública de reconhecer as farmácias e drogarias como ‘unidades de saúde’, exclusivamente, aguarde o desfecho dos recursos judiciais já interpostos”. (AgRg no AgRg na SLS 1200/DF, DJe 17/09/2010.) 2. A Instrução Normativa Anvisa 10/2009, no sentido de impedir o livre acesso do consumidor aos medicamentos isentos de prescrição médica, por meio de auto-serviço, independentemente de atendimento em balcão, carece de melhor demonstração, seja das suas virtudes, seja dos seus malefícios. É que a situação não se alteraria caso o comprador obtivesse os medicamentos pelas mãos de um balconista, pois a eles teria acesso livre, da mesma forma, pois independem de prescrição médica. 3. Entendimento que se adota em evolução à compreensão adotada na SLAT 62985-88.2010.4.01.0000/DF. O deferimento da suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.439/1992 pressupõe que o requerente demonstre objetivamente que a decisão impugnada poderá acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Decisão: A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 2006.51.01.004399-8 UF : RJ - AC - APELAÇÃO CIVEL**  
**- 534911**  
**RELATOR: GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA**  
**JULGAMENTO: 12/03/2012**

**DIREITO CIVIL DA SAÚDE.** RESPONSABILIDADE. DANO MORAL CARACTERIZADO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. MÉTODO BIFÁSICO. PROVIMENTO.

1. Trata-se de apelação cível interposta contra sentença proferida em ação de rito ordinário ajuizada pelo ora apelante em face da CAARJ. Pretendia o autor a condenação da ré a prestar cobertura para o tratamento da doença que lhe acometia, inclusive os exames diagnósticos necessários para tal, assim como ao pagamento de indenização por danos morais. No presente apelo, discute-se tão somente se houve dano moral diante da negativa do Plano de Saúde em arcar com os custos dos referidos exames. 2. Sendo a CAARJ um órgão vinculado à Ordem dos Advogados do Brasil, que é uma autarquia especial, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF/88), a qual se funda no risco administrativo, ou seja, para a aferição da responsabilidade civil do Estado e conseqüente reconhecimento do direito à reparação pelos prejuízos causados, basta que o lesado prove os elementos ato/fato, dano e nexa causal, atribuíveis ao Poder Público ou aos que agem em seu nome, por delegação. 3. Sendo assim, imperativa a condenação da CAARJ ao pagamento de indenização por danos morais, os quais no caso concreto decorrem da lesão ao bem jurídico mais importante da pessoa humana: sua vida. 4. No que tange ao arbitramento do quantum reparatório, entendo que deva ser utilizado o método bifásico para o arbitramento equitativo da indenização, nos moldes postulados pelo ilustre Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no brilhante voto proferido no RESP nº 959.780-ES. 5. A jurisprudência desta C. Turma, em casos semelhantes ao que ora se analisa, vem arbitrando a indenização por danos morais numa faixa que oscila entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Estes, portanto, devem ser os limites que irão pautar o arbitramento da indenização no caso concreto. 6. No tocante às circunstâncias particulares do caso, não é necessário o exame da culpabilidade do agente, conforme visto acima. Inobstante, cabe ressaltar que a lesão só cessou quando a ré se viu obrigada a fazê-lo, através de ordem judicial. Por outro lado, não houve culpa concorrente da vítima. 7. Em relação ao interesse jurídico lesado, em que pese se tratar da saúde do autor, percebe-se que este foi, efetivamente, internado e tratado, havendo negativa da ré tão somente em custear seus exames. Por outro lado, o tempo decorrido entre a solicitação e a realização dos exames foi de aproximadamente um mês e meio, sendo que, neste interregno, nenhum dano à saúde do autor foi constatado. Deste modo, ainda que seja patente seu sofrimento durante este tempo, é certo que não o foi por longo período, nem houve dano maior à integridade física do autor. 8. Indenização fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 9. Apelação provida. Votantes Desembargador Federal

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA. Decisão. Decide a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª. REGIÃO**

**PROCESSO: PROCESSO: 0004636-27.2003.4.03.6000 - MS - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1397237**

**RELATOR: JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS**

**ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA**

**JULGAMENTO: 19/04/2012**

**DIREITO PENAL SANITÁRIO.** ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. PERDIMENTO DO CARGO OU FUNÇÃO. JUSTA CAUSA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. O Ministério Público Federal ajuizou ação contra servidora que ministrava, sem prescrição médica, sedativos que causavam sonolência nos bebês sob seus cuidados, internados na UTI neonatal do Hospital Universitário da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, incorrendo, assim, em atos de improbidade administrativa, entre os anos de 1996 e 1999, quando ocupava o cargo de auxiliar de enfermagem, tendo sido apurado, por meio de processo administrativo e inquérito policial, que, no período acima, e durante o seu horário de trabalho - plantões noturnos -, ministrava os remédios, principalmente Dormonid e Gardenal, com a manifesta intenção de evitar que os recém-nascidos chorassem, ou de qualquer forma a incomodasse, exigindo-lhe atenção e maiores cuidados. 2. Após regular processo administrativo disciplinar, o reitor da universidade, confirmando os trabalhos da Comissão Processante, aplicou à servidora a pena de suspensão do exercício do cargo pelo prazo de trinta dias, sendo certo que contra a punição insurgiu-se a servidora por meio de mandado de segurança, tendo sido denegada a ordem postulada e confirmada a sentença em segundo grau. 3. Todavia, nos autos do mandamus, ainda em fase de parecer junto ao Juízo de primeiro grau, tomando ciência dos fatos apurados por meio do referido inquérito administrativo, o Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Mato Grosso do Sul requisitou a instauração de inquérito policial para a apuração dos fatos em face da configuração, em tese, de crimes de lesões corporais graves e, concluído o trabalho da autoridade policial, o órgão do Parquet apresentou denúncia, restando instaurada ação penal, onde logrou a ré absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, entendendo o magistrado não haver prova da existência do fato. Pende de julgamento o recurso interposto. 4. Nesse ponto, cabe anotar que a absolvição da servidora no âmbito da ação penal, por entender o Juízo de primeiro grau que não restou provada a ocorrência de lesão corporal grave perpetrada contra os bebês, não obsta a apuração dos fatos e a aplicação de penalidade em sede administrativa, bem como não obsta o ajuizamento de ação civil no âmbito judicial. 5. Assim sendo, ao contrário do que quer fazer crer a apelante, a aplicação da pena administrativa não inviabiliza a presente ação civil e a aplicação da sanção

cabível, não configurando caso de bis in idem, até porque a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, ao tratar das responsabilidades, é clara ao dispor que o servidor responderá civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições (art. 121) e asseverar que as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si (art. 125), somente afastando a responsabilidade administrativa do servidor no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (art. 126). 6. Com efeito, a ação civil somente é descabida no caso de a sentença absolutória criminal reconhecer, de forma categórica, a inexistência material do fato apontado como criminoso, pois, na hipótese, a decisão criminal faz coisa julgada no cível, não sendo esta a hipótese dos autos. Ademais, o estatuto dos servidores civis da União, como não poderia deixar de ser, consagra o princípio da independência das instâncias, podendo, assim, cumular as sanções de natureza administrativa, civil ou criminal, desde que apuradas as respectivas responsabilidades segundo reverência rigorosa ao devido processo legal. 7. Nos autos da presente ação de improbidade, os depoimentos testemunhais colhidos confirmam os fatos narrados na petição inicial e revelam-se consentâneos com as declarações prestadas no bojo do processo administrativo disciplinar, não havendo dúvidas quanto à ocorrência dos fatos imputados à servidora, consistentes na administração reiterada e sem prescrição médica de sedativos aos bebês recém-nascidos que se encontravam sob sua guarda e cuidados no setor de berçário e UTI neonatal do Hospital Universitário da mencionada instituição de ensino superior. 8. Tratam-se de depoimentos consistentes, que formam sólido conjunto probatório, frustrando, assim, a tentativa exacerbada da apelante de desacreditar testemunhas, imputando-lhes o cometimento de condutas graves, inclusive criminosas, com o evidente propósito de macular as suas reputações. Na verdade, não logrou êxito em afastar o valor probante da prova oral colhida perante o Juízo, a uma, porque as questões suscitadas pela apelante não se fundam em qualquer documento capaz de provar minimamente o alegado, e, a duas, porque, repita-se, os depoimentos prestados encontram-se em total consonância com as demais provas colacionadas aos autos. A apreciação conjunta da atividade probatória desenvolvida nas várias instâncias demonstra, com segurança, que a servidora, ora apelante, perpetrou sim as condutas que lhe são imputadas. 9. Com relação à denúncia de que, no seu turno de trabalho, ministrava, sem ordem médica, sedativos aos recém-nascidos que se encontravam sob sua guarda, com a intenção de evitar que eles chorassem, exigindo-lhe mais atenção e maiores cuidados, depoimento de muita consistência confirmou em Juízo declarações que já haviam sido prestadas perante a Comissão de Ética e a Comissão Processante, tendo a testemunha afirmado que presenciou a servidora ministrar medicamentos aos bebês sem prescrição médica. Noutro depoimento, restou confirmado o mesmo fato, sendo acrescentado que, no caso de um recém-nascido, a servidora ministrara dipirona, por orientação médica, mas

acrescentou na medicação o sedativo Dormonid, sem prescrição médica. Outra testemunha declarou que, no caso do recém-nascido portador de hidrocefalia, de fato havia prescrição médica para o uso do sedativo Gardenal, geralmente ministrado às 08:00 e às 20:00 horas. Contudo a depoente presenciou a servidora ministrar este medicamento ao referido bebê também às 03:00 horas da manhã, no caso, não havia prescrição médica. 10. Ora, a conduta de ministrar sedativos aos bebês sob seus cuidados sem prescrição médica configura conduta que tisa para o exercício ilegal da medicina. 11. Quanto à denúncia de que a servidora adicionava sedativo ao leite dos bebês, para que não chorassem, ou de qualquer forma a incomodasse, exigindo-lhe atenção e maiores cuidados, também restou suficientemente provada nos autos, sendo categórico no ponto depoimento de servidora quando afirma que a ora apelante colocava fenobarbital, ou seja, Gardenal, no leite para fazer as crianças dormirem e que tal medicamento ficava na geladeira ou numa caixinha no setor do berçário ou UTI e era controlado, tanto quanto o Dormonid, certo que a encarregada do controle dos medicamentos observara, em certa ocasião, que o grande consumo deste medicamento não se justificava, em face do número de pacientes e em razão da dosagem usualmente aplicada. Outra testemunha declarou que a servidora lhe disse que o leite poderia ser dado aos bebês, pois já estava “benzido”. Uma outra depoente declarou que os bebês estavam mais calmos quando recebia o plantão da ora apelante e que ouvia esta dizer que “benzia” o leite. Ainda, outra depoente esclareceu que “benzer o leite” se tratava de adicionar sedativo ao alimento destinado aos bebês e que a própria servidora disse-lhe que “benzia o leite” e, após a ingestão deste leite, os bebês dormiam. Outra testemunha confirmou que a servidora adicionava o sedativo Gardenal ao leite dos recém-nascidos, para acalmá-los, prática que a servidora, ora apelante, denominava de “benzer leite”. 12. Não bastasse, o conjunto probatório dá conta de que a servidora ameaçou colegas, pressionando-os para que não depusessem sobre os fatos, tendo uma depoente declarado, perante a Comissão Processante, que várias pessoas foram ameaçadas pela ora apelante, citando o caso da servidora Maria Cabral. Este fato foi confirmado perante o Juízo pela servidora Márcia Cassanho, presidente da Comissão de Sindicância, que afirmou lembrar-se de que algumas testemunhas declararam que a sindicada lhes telefonara e que se sentiam inibidas na presença dela, citando, expressamente, o caso da servidora Maria Cabral, concluindo que percebeu que as testemunhas sabiam mais dos fatos do que aquilo que afirmavam. 13. Ora, as condutas acima descritas - e provadas nos autos -, configuram práticas delituosas, encontrando definição na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que trata do regime jurídico dos servidores civis da União, caracterizando, primeiramente, violação de dever funcional (art. 116), conquanto não se houve a servidora com zelo e dedicação no exercício do cargo (inc. I) e, principalmente, não manteve conduta compatível com a moralidade administrativa (inc. IX). Em segundo lugar, incidiu a servidora nas proibições do artigo 117, pois, valeu-se do cargo para obter condenável proveito pessoal (inc. IX), no caso, ministrava sedativos aos

bebês para que estes adormecessem e, em razão disso, era menos exigida durante o plantão, logrando algum tempo de descanso, pouco se importando com os riscos da medicação indevidamente administrada em seres tão frágeis e dependentes de cuidados especiais; certamente tal conduta incide ainda na proibição de o servidor proceder de forma desidiosa (inc. XV), descuidada das cautelas mínimas no exercício das atribuições do cargo. 14. Certamente, referidos delitos legitimariam a aplicação da pena de demissão em sede administrativa, pois, nos termos do artigo 132, do referido estatuto, a penalidade será aplicada nos casos de transgressão dos incisos IX a XVI, do artigo 117, bem como, dentre outras, na hipótese de improbidade administrativa (art. 132, IV). 15. Convém, nesse ponto, anotar que, nos termos da Lei 8.429/1992, o ato de improbidade administrativa, ainda que plenamente configurado, não conduz de pronto à perda da função pública, ocorrendo esta somente quando sopesados a extensão do dano e o proveito obtido pelo agente, consagrando a lei hipóteses de responsabilidade subjetiva do servidor, pois, em todos os tipos de improbidade exige-se a presença do dolo na ação perpetrada. 16. Com efeito, dispondo a Constituição Federal de 1988 que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, a Lei 8.429/1992, tratou de regulamentar a matéria e, da inteligência das normas contidas nos artigos 11 e 12, verifica-se que o ato de improbidade administrativa é o que atenta contra os princípios da Administração Pública, por ação ou omissão do agente, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, respondendo o servidor, nas hipóteses do artigo 11, do diploma legal, segundo a penalidade cominada (art. 12), inclusive perda da função, devendo o juiz, na fixação da pena, considerar a extensão do dano ou o proveito patrimonial logrado pelo agente. 17. No caso em tela, de incidência no deslinde da causa a lei especial, conquanto a Administração, em sede de processo punitivo, deu-se por satisfeita com a aplicação de mera pena de suspensão da servidora, pelo prazo de trinta dias, não atentando, assim, para a gravidade de sua conduta, que pode e deve ser examinada nesta sede. De fato, conforme amplamente provado nos autos, a servidora ministrava sedativos aos recém-nascidos sob seus cuidados, sem prescrição médica, com a manifesta intenção de evitar que chorassem, ou de qualquer forma a incomodassem, exigindo-lhe maiores cuidados durante o plantão. Ocorre que se tratava de bebês prematuros, ou portadores de doença grave, inclusive hidrocefalia, internados no setor de berçário e UTI neonatal do núcleo do Hospital Universitário da FUFMS, agindo, pois, com manifesto dolo e má-fé, contrariando, gravemente, o princípio da moralidade pública. 18. Trata-se, na verdade, de conduta inaceitável, perpetrada de forma consciente, contra pessoas frágeis e indefesas, colocadas sob guarda e cuidados da servidora, violando esta a dignidade humana daqueles pequeninos seres, tão desprovidos do carinho materno, em face da necessária internação, configurando a conduta da apelante falta grave, injustificável e teratológica,

de manifesta quebra de seus deveres funcionais, não só para com a Administração, mas, também, para com a sociedade. Além de descumprir o princípio mais comezinho de suas funções, consistente na promoção da proteção à saúde e à vida de seus pacientes, conforme prevê o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, violou a servidora o compromisso de todo servidor público com os princípios da eficiência, da honestidade e da moralidade. 19. Assim sendo, há justa causa para a aplicação da pena de perdimento do cargo à servidora, sendo tal medida, ainda, razoável e proporcional à violação de seu dever funcional. Deveras, em face de tão nefasta conduta, legitima-se a aplicação da pena de demissão, considerando, ainda, a extensão do dano que se configurou com o perigo de morte a que submeteu injustamente muitos dos bebês sob sua guarda, não havendo falar em abrandamento da pena sob o equivocado argumento de ausência de dolo e má-fé e qualquer dano às pessoas e ao serviço público em geral, restando estes exaustivamente demonstrados nos autos. 20. Outrossim, revela-se correta a determinação judicial de remessa de ofício ao Conselho Regional de Enfermagem, para que este tomasse ciência da decisão e, naturalmente, adotasse as providências consideradas pertinentes. Portanto, se houve, no âmbito do referido órgão, suspensão da apelante do exercício da profissão, a pertinência ou não da medida somente poderá ser questionada por meio de ação própria. 21. Por último, verifico que a sentença revogou a liminar concedida para afastar a servidora do exercício do cargo durante a fase de instrução do feito. Contudo, concluiu o magistrado que, em face do quanto restou apurado nos autos, não seria possível o seu retorno, mantendo o afastamento, com base na norma contida no artigo 273, do estatuto processual civil. Considero correta a medida em razão da gravidade das condutas apuradas nos autos, caracterizando situação que torna a providência necessária para a proteção do interesse público insito na adequada prestação dos serviços de saúde e na proteção das pessoas contra ato inadequado que eventualmente viesse a ser perpetrado novamente pela servidora. 22. Em suma, restaram provadas nos autos as condutas imputadas à ora apelante, principalmente a mais grave delas, conquanto, valendo-se da sua condição de auxiliar de enfermagem, administrava, de forma reiterada e sem prescrição médica, sedativos para os bebês que se encontravam sob sua guarda, colocando em risco a vida de crianças prematuras e até de portadoras de doença grave. Assim sendo, o caso é de procedência do pedido para decretar a perda do cargo e demais cominações da sentença, que merece ser confirmada, desde que acrescida dos fundamentos aqui expendidos. 23. Apelação a que se nega provimento. Acórdão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 0023392-37.2011.4.03.9999 – SP - AC - APELAÇÃO**  
**CÍVEL - 1646437**



**RELATOR: CARLOS MUTA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA**  
**JULGAMENTO: 12/04/2012**

**MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. RESPONSABILIDADE TÉCNICA. FARMACÊUTICO EM DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. INEXIGIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.** 1. Caso em que não houve omissão no julgamento, assentando a Turma, explicitamente, que “a jurisprudência ainda hoje vigente, mesmo considerando os fundamentos deduzidos pela agravante, confirma-se no sentido de afastar a exigência de contratação de responsável técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos de unidades hospitalares, como a do caso concreto. A peculiaridade com que operam tais dispensários, sem manipulação de fórmulas, ou fornecimento de medicamentos ao público em geral, mas tão-somente a pacientes diretamente assistidos por médicos em unidades hospitalares, respalda a atualidade da jurisprudência, em prejuízo da extensa argumentação do Conselho Regional de Farmácia. Não se pode acolher a alegação de violação ao princípio da isonomia, da proporcionalidade ou ao direito universal à saúde, nem a de que seria absurdo a aplicação de tal súmula de jurisprudência consolidada, pois evidenciada sua compatibilidade com a própria Lei 5.991/73, ao referir-se ao dispensário de medicamentos como setor de fornecimento de medicamentos de pequena unidade hospitalar, distinguindo situações jurídicas mediante critério objetivo e sem qualquer ofensa à garantia universal da saúde, vez que preservada a assistência médica na prescrição medicamentosa para público restrito em âmbito hospitalar específico, sem risco à dignidade da pessoa humana, conforme reconhecido pela jurisprudência”. 2. Não se acolheu, como exposto, a inconstitucionalidade da Súmula 140/TFR, a impedir sua recepção, em face dos artigos 1º, III, e 3º, III e IV, da Carta Federal, vez que a jurisprudência sumulada, ao contrário, dispôs sobre a situação específica de dispensários de medicamentos em determinadas unidades hospitalares, conferindo-lhes tratamento proporcional diante dos princípios do acesso à saúde e isonomia, não podendo o interesse na defesa do exercício da profissão sobrepor-se a tais princípios. 3. Evidente, pois, que se cuidou de excepcionar, com base na jurisprudência e na própria legislação, a exigência em que fundada a autuação, sendo exposto, claramente, que a assistência técnica e o registro profissional, consideradas as circunstâncias fáticas do caso concreto, não podem ser exigidos da embargada, nas condições de seu funcionamento, não podendo, assim, ato normativo infralegal, decreto ou portaria que seja, contrariar a orientação derivada da lei, com a interpretação consolidada na jurisprudência. 4. Também quanto à verba honorária fixada, decidiu-se, expressamente, que “foi corretamente arbitrada a verba honorária, diante dos critérios de equidade, grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço (artigo 20, § 4º, CPC) (...) Na espécie, o valor da causa, em janeiro de 2009, era R\$ 5.744,42 (f. 13), sendo fixada a verba honorária em 10% sobre o valor atualizado d causa,

o que não se revela excessivo frente aos parâmetros legais”, pelo que não há falar-se em omissão. 5. Emerge dos autos, nitidamente, que o que se pretende é apenas impugnar a divergência entre a interpretação adotada pela Turma e a que defendida pela embargante, sem qualquer indicação, efetiva, de contradição do julgamento, em si, obscuridade e, sobretudo, omissão sobre questão jurídica ou pedido formulado. 6. A utilização de tal recurso 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 rejeitados. Acórdão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 5050856-94.2011.404.7000 – PR - AC - APELAÇÃO CIVEL**  
**RELATOR: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ**  
**ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA**  
**JULGAMENTO: 25/04/2012**

**DIREITO CIVIL DA SAÚDE. ERROS MÚLTIPLOS DE DIAGNÓSTICO - DANOS MATERIAIS E MORAIS EM DECORRÊNCIA DO ÓBITO DO FILHO DA AUTORA. PROVA PERICIAL RESTRITA À ÁREA UROLÓGICA. SENTENÇA TERMINATIVA EM RELAÇÃO A UM DOS LITISCONSORTES PASSIVOS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS LITISCONSORTES PASSIVOS. INSUFICIÊNCIA DA PROVA PERICIAL A SUFRAGAR O JULGAMENTO DE MÉRITO DA PRETENSÃO DEDUZIDA EM TODA A SUA AMPLITUDE SUBJETIVA. OFENSA AOS ARTIGOS 128, 130, 458, INCISOS I E II, E 460, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA ANULADA EX OFFICIO. APELAÇÃO PREJUDICADA.** 1. À vista do quanto consta dos autos, rigorosamente, a pretensão deduzida na petição inicial foi julgada com produção probatória insuficiente a sufragar um juízo de mérito. Com efeito, não se controverte nos autos acerca do erro de diagnóstico em relação ao filho da autora. Controverte-se sim acerca da existência de supedâneo sintomatológico para todos os diagnósticos impingidos à vítima desde o início de janeiro de 2006 até a data de seu óbito (09/04/2006) - ex. problemas de coluna, orquite, transtornos mentais do tipo esquizofrenia, síndrome do pânico, incluso com internação e medidas de contenção, etc. -; a ocorrência de eventual imperícia à prolação desses diversos diagnósticos; a ocorrência de eventual agravamento de saúde da vítima pelo consumo de medicação decorrente de diagnósticos equívocos; o efetivo esgotamento, pelos profissionais que atenderam à vítima, de todos os meios disponíveis à obtenção do diagnóstico correto. À verificação de todos esses pontos controvertidos, era de mister a realização de prova técnica multidisciplinar. A restrição da prova pericial à especialidade médica de urologia impossibilita a aferição da ocorrência de eventual imperícia médica dos réus que firmaram diagnósticos diversos da área urológica. O quesito formulado

pelo Dr. Hamilton Miguel Grabowski e a resposta apresentada pelo perito denotam bem a deficiência da prova pericial restrita a uma especialidade médica. É de relevo anotar que a vítima possuía sintomas clínicos contundentes - ex. vômito com sangue, perda sensível de peso, dores na coluna lombar com irradiações, inchaço nos testículos, oscilação térmica, alta de pressão arterial, dores de cabeça, entre outros - que, apesar do tratamento ministrado nas diversas especialidades médicas - incluso após a utilização de “cipro” para o diagnóstico urológico de orquite - não apresentaram remissão. E a ausência de remissão de seus sintomas à vista do tratamento a que foi submetido nesses aproximados 3 (três) meses é fato importante e constitutivo da pretensão indenizatória, que não mereceu a exploração na intensidade demandada. Apenas a título exemplificativo, vale gizar que a vítima logrou obter diagnóstico de esquizofrenia, sendo que, pelo DSM-IV-TR (Manual de diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. trad. Cláudia Dornelles; - 4. ed. rev. - Porto Alegre: Artmed, 2002), é questionável o enquadramento dos sintomas por si apresentados àqueles que, classicamente, denotam a doença. In verbis - “(...) Esquizofrenia - Os aspectos essenciais da Esquizofrenia são um misto de sinais e sintomas característicos (tanto positivos quanto negativos) que estiveram presentes por um período de tempo significativo durante 1 mês (ou por um tempo menor, se tratados com sucesso), com alguns sinais do transtorno persistindo pelo período mínimo de 6 meses (Critérios A e C). Esses sinais e sintomas estão associados com acentuada disfunção social ou ocupacional (Critério B). (...) Os sintomas característicos de Esquizofrenia envolvem uma série de disfunções cognitivas e emocionais que acometem a percepção, o raciocínio lógico, a linguagem e a comunicação, o controle comportamental, o afeto, a fluência e produtividade do pensamento e do discurso, a capacidade hedônica, a volição, o impulso e a atenção. Nenhum sintoma isolado é patognomônico de Esquizofrenia; o diagnóstico envolve o reconhecimento de uma constelação de sinais e sintomas associados com prejuízo no funcionamento ocupacional ou social. Os sintomas característicos (Critério A) podem se conceitualizados como enquadrando-se em duas amplas categorias - positivos e negativos. Os sintomas positivos parecem refletir um excesso ou distorção de funções normais, enquanto os sintomas negativos parecem refletir uma diminuição ou perda de funções normais. Os sintomas positivos (Critérios A1-A4) incluem distorções ou exageros do raciocínio lógico (delírios), da percepção (alucinações), da linguagem e comunicação (discurso desorganizado) e do controle comportamental (comportamento amplamente desorganizado ou catatônico). Esses sintomas positivos podem compreender duas dimensões distintas, que, por sua vez, podem estar relacionadas a diferentes mecanismos neurais e correlações clínicas subjacentes: a “dimensão psicótica” inclui delírios e alucinações, enquanto a “dimensão da desorganização” inclui discurso e comportamento desorganizado. Os sintomas negativos (Critério A5) incluem restrições na amplitude e intensidade da expressão emocional (embotamento do afeto), na fluência e produtividade do pensamento (alogia) e na indicação de comportamentos dirigidos a um objetivo

(avolição). Os delírios (Critério A1) são crenças errôneas, habitualmente envolvendo a interpretação equivocada de percepções ou experiências. Seu conteúdo pode incluir uma variedade de temas (p. ex., persecutórios, referenciais, somáticos, religiosos ou grandiosos). Os delírios persecutórios são os mais comuns; neles o indivíduo acredita estar sendo atormentado, perseguido, enganado, espionado ou ridicularizado. Os delírios de referência também são comuns; neles o indivíduo crê que certos gestos, comentários, passagens de livros, jornais, letras de música ou outros indicadores ambientais são dirigidos especificamente a ele. A distinção entre um delírio e uma idéia vigorosamente mantida às vezes é difícil, e depende do grau de convicção com o qual a crença é mantida, apesar de evidências nitidamente contrárias. Embora os delírios bizarros sejam considerados especialmente característicos da Esquizofrenia, pode ser difícil avaliar o grau de “bizarria”, especialmente entre diferentes culturas. Os delírios são considerados bizarro quando claramente implausíveis e incompreensíveis e não derivados de experiências comuns da vida. Um exemplo de delírio bizarro é a crença de que um estranho retirou os órgãos internos do indivíduo e os substituiu pelos de outra pessoa, sem deixar quaisquer cicatrizes ou ferimentos. Um exemplo de delírio não-bizarro é a falsa crença de estar sob vigilância policial. Os delírios que expressam uma perda de controle sobre a mente ou o corpo geralmente são considerados bizarros; eles incluem a crença de que os pensamentos foram retirados por alguma força externa (“extração de pensamentos”), que pensamentos estranhos foram colocados na mente (“inserção de pensamentos”) ou que o corpo ou as ações do indivíduo estão sendo manipulados por alguma força externa (“delírios de controle”). Se os delírios de controle são considerados bizarros, este sintoma isolado já basta para satisfazer o Critério A para Esquizofrenia. As alucinações (Critério A2) podem ocorrer em qualquer modalidade sensorial (p. ex., auditivas, visuais, olfativas, gustativas e táteis), mas as alucinações auditivas são, de longe, as mais comuns e características da Esquizofrenia, sendo geralmente experimentadas como vozes conhecidas ou estranhas, que são percebidas como distintas dos pensamentos da própria pessoa. O conteúdo pode ser bastante variável, embora as vozes pejorativas ou ameaçadoras sejam especialmente comuns. Certos tipos de alucinações auditivas (duas ou mais vozes conversando entre si ou comentando os pensamentos ou o comportamento do indivíduo) têm sido considerados particularmente característicos da Esquizofrenia e foram incluídos na lista de sintomas de primeira ordem de Schneider. Se esses tipos de alucinações estão presentes, então basta apenas este sintoma para satisfazer o critério A. As alucinações devem ocorrer no contexto de um sensorio claro; as que ocorrem enquanto o indivíduo adormece (hipnagógicas) ou desperta (hipnopômicas) são consideradas parte da faixa de experiência normais. Experiências isoladas de ouvir o próprio nome sendo chamado ou experiências que não possuem a qualidade de uma percepção externa (p. ex., zumbidos) também não são consideradas alucinações características da Esquizofrenia. As alucinações podem também constituir uma experiência religiosa, em certos contextos

culturais. A desorganização do pensamento (“transtorno do pensamento formal”) é defendida por alguns autores como sendo o aspecto mais importante da Esquizofrenia. Em vista da dificuldade inerente ao desenvolvimento de uma definição objetiva de “transtorno do pensamento”, e uma vez que em um contexto clínico as inferências sobre o pensamento estão baseadas principalmente no discurso do indivíduo, o conceito de discurso desorganizado (Critério A3) foi salientado na definição de Esquizofrenia usada neste manual. O discurso dos indivíduos com Esquizofrenia pode ser desorganizado de várias maneiras. A pessoa pode “sair os trilhos”, saltando de um assunto para outro (“descarriamento” ou “associações desconexas”); as respostas podem estar obliquamente relacionadas ou não ter relação alguma com as perguntas (“tangencialidade”); raramente, o discurso pode estar tão desagregado, que é praticamente incompreensível e se assemelha à afasia receptiva em sua desorganização lingüística (“incoerência”, “salada de palavras”). Uma vez que um discurso ligeiramente desorganizado é comum e inespecífico, o sintoma deve ser suficientemente grave a ponto de prejudicar substancialmente a comunicação efetiva. Um pensamento ou um discurso menos gravemente desorganizado pode ocorrer durante o pródromo e períodos residuais da Esquizofrenia (ver Critério C). (...)” (sublinhei) Em tal conformação, forçoso é o reconhecimento de que a fundamentação adotada pela v. sentença ao juízo de mérito da pretensão deduzida face a cada um dos réus ressentem-se de supedâneo na prova produzida nos autos, fato esse que descarta à disciplina dos artigos 128, 130, 458, incisos II e III, e 460, todos do Código de Processo Civil, produzindo, de consequência, a invalidade do julgamento havido. 2. Sentença anulada ex officio. 3. Apelação prejudicada. Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, ex officio anular a v. sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à origem ao processamento do feito aos seus posteriores termos, como couber, e dar por prejudicada a apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 5019071-17.2011.404.7000 – PR - AC - APELAÇÃO CIVEL**  
**RELATORA: MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA**  
**JULGAMENTO: 25/04/2012**

**MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA. BIOMÉDICOS. EXERCÍCIO IRREGULAR DA PROFISSÃO.** Conforme análise das Leis n.s 6.684/79, 7.394/85 e Decreto n. 88.439/83, a atuação do biomédico deve limitar-se ao previsto na legislação (‘serviços de radiografia’, restrito às atividades de apoio e a atuação em ‘radiodiagnóstico, sob supervisão médica’), não incluída a operação de equipamentos em qualquer

caso. Assim sendo, uma vez que o biomédico atue fora dos limites acima mencionados, é legítima a sua autuação pelo Conselho Regional dos Técnicos em Radiologia, pelo exercício ilegal da profissão. Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 5005753-58.2011.404.7002 – PR - RECURSO CRIMINAL**  
**EM SENTIDO ESTRITO**  
**RELATOR: SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ**  
**ÓRGÃO JULGADOR: OITAVA TURMA**  
**JULGAMENTO: 25/04/2012**

**DIREITO PENAL SANITÁRIO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM AUTORIZAÇÃO. USO PESSOAL. ART. 273, §1º E 1º-B, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DECLASSIFICAÇÃO. ARTIGO 334 DO ESTATUTO REPRESSOR. 1. Conquanto o enquadramento da conduta delitiva tenha lugar, em regra geral, no momento da prolação da sentença, pode ser ele antecipado para o recebimento da denúncia quando, da alteração da capitulação prevista na peça incoativa, sobrevier a possibilidade de suspensão condicional do processo. 2. Se a conduta perpetrada vincula-se à importação de medicamentos “clandestinos” para uso pessoal, enquadra-se no tipo penal insculpido no artigo 334 do Código Penal, na modalidade de contrabando, não incidindo, por conseguinte, o artigo 273, §1º e 1º-B, do Estatuto Repressor, o qual vincula-se à importação de medicamentos para venda e comercialização. 3. Sendo o bem jurídico afetado pela conduta a saúde pública, inaplicável o princípio da insignificância, independente da quantidade do medicamento apreendido. Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.**

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª. RGEIÃO**  
**PROCESSO: 5029482-47.2010.404.7100 – RS - APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**  
**RELATOR: LUÍS ALBERTO D’AZEVEDO AURVALLE**  
**ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA**  
**JULGAMENTO: 24/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. MEDICAMENTOS. UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. CACON. DENUNCIÇÃO DA LIDE. DESCABIMENTO. MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. HONORÁRIOS. 1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade**

passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. 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. Se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, não há a obrigatoriedade de inclusão dos demais. 3. Não há entre a União e o CACON relação jurídica que implique direito de regresso a justificar o seu ingresso na lide, na forma requerida pela União. 4. 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. 5. Não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública (Súmula 421/STJ). Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e às apelações, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 0030465-73.2006.404.7100 – RS - AC - APELAÇÃO CIVEL**  
**RELATOR: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE**  
**ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA**  
**JULGAMENTO: 24/04/2012**

**DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. HEPATITE C. OMISSÃO DO ESTADO NA ADOÇÃO DE MEDIDAS SANITÁRIAS E EPIDEMIOLÓGICAS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL.** O direito à saúde é direito fundamental social, com múltiplas dimensões (individual, coletiva e difusa), cuja titularidade para cada uma das prestações referentes a cada dimensão é diversa. Direitos fundamentais sociais prestacionais abrangem a prestação de comandos normativos, visando à organização do serviço público de saúde, atento às dimensões individuais e coletivas do direito. Não está demonstrado nexo de causalidade entre o dano verificado (infecção pelo vírus da Hepatite C) e a omissão normativa relativa à prevenção secundária. Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 5001110-77.2012.404.0000 - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**RELATOR: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE**  
**ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA**  
**JULGAMENTO: 24/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. CACONS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.** 1. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do estado 2. A união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população, máxime porque o financiamento do sistema único de saúde se dá com recursos do orçamento da seguridade social e desses entes. 3. O fato de ser atribuição dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON) credenciados junto ao Ministério da Saúde o fornecimento de medicação relacionada ao tratamento de câncer não altera a responsabilidade dos entes federativos estabelecer um sistema eficaz de operacionalização da prestação do direito constitucional à saúde. Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 00017997520114058000 - APELREEX21682/AL**  
**RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA**  
**JULGAMENTO: 19/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GRATUITO. PACIENTE PORTADORA DE DOENÇAS CARDÍACAS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. ABRANGÊNCIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. SOLIDARIEDADE.** 1. Cuida-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pleito autoral, confirmando os termos da tutela antecipada, para que sejam fornecidos à Sra. Dáurea de Sá Costa os medicamentos de que necessita: CRESTOR 20 mg, ZETIA 10 mg, ESTREVA GEL, SOMALGIN CARDIO 325 mg, PURAN T4 100mg, LOSARTANA POTASSICA 50 mg, ATENALOL 50 mg, CLORIDRATO DE DITIAZEN 30 mg, CODIPROGREL 75 mg e SUSTRATE, bem como para que se proceda à internação ou à realização de quaisquer procedimentos que se façam necessários. 2. A jurisprudência pátria, capitaneada pelo e. STJ, manifesta-se em uníssono no sentido de reconhecer que a União, ao lado dos Estados e Municípios, é parte legítima para figurar no pólo passivo em ações em que se pleiteia o fornecimento de medicamento pelo SUS. Essa responsabilidade dos entes políticos das três esferas de poder é de natureza solidária e tem origem no art. 196 da Constituição Federal. 3. A Carta Constitucional de 1988 estatui, em seu art. 196, que 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. A prestação dos serviços inerentes à saúde, assim como o fornecimento de medicamentos àqueles que não têm condições de adquiri-los sem comprometimento da sua subsistência é



obrigação do Estado, mediante cada um dos entes federativos. Portanto, nem os estados federados nem os municípios e a União podem se eximir de prestar, solidariamente, assistência médica àqueles que se mostram carentes de recursos e que recorrem ao Sistema Público de Saúde clamando por tratamento. 4. A autora é portadora de insuficiência coronariana e hipertensão arterial sistêmica, com histórico de internações por angina instável e procedimentos de cateterismo cardíaco, revascularização coronária percutânea (angioplastia e implante de stent) e revascularização cirúrgica do miocárdio, conforme atestam os relatórios médicos acostados aos autos, precisando de todas as medicações prescritas por tempo indeterminado para tratar do seu estado de saúde grave. Apelação e remessa obrigatória improvidas.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 200882000079476, REO516642/PB**  
**RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO**  
**ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA**  
**JULGAMENTO: 17/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. UNIDADES DE SAÚDE DO MUNICÍPIO. PRESENÇA OBRIGATÓRIA DE ENFERMEIRO PARA ORIENTAÇÃO E SUPERVISÃO NAS RESPECTIVAS UNIDADES. NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO. PRECEDENTES.** 1. Ação civil pública em que se discute a necessidade do Município de Cuité/PB em contratar profissionais da área de enfermagem devidamente habilitado e registrado no COREN para garantir a presença dos respectivos profissionais nas unidades de saúde do Município. 2. As atividades dos técnicos e auxiliares de enfermagem, somente podem ser desempenhadas sob orientação e supervisão de enfermeiro, mormente quando exercidas em instituições de saúde, públicas e privadas, e em programas de saúde (art. 15 da Lei nº 7.498/86, art. 13 do Decreto nº 94.406/87). 3. “A Lei nº 7.498/86, estatuiu que as atividades dos Técnicos e Auxiliares de Enfermagem deveriam ser orientadas e supervisionadas por Enfermeiro credenciado no Conselho Regional de Enfermagem. A exigência do profissional fundamenta-se no fato de que, detendo formação de nível superior e dispondo, conseqüentemente, de um melhor preparo técnico, certamente asseguraria o desempenho adequado das tarefas daqueles profissionais (os Auxiliares de Enfermagem)”. (REO 200382010031880, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data:17/09/2010 - Página:300.). 4. Precedentes: (AC 200485000063706, Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data:15/03/2011 - Página: 32.); (TRF-3ª R. - AC 2005.61.00.021731-0/SP - 6ª T. - Relª Desª Fed. Regina Costa - DJE 16.06.2011 - p. 1168); (TRF-1ª R. - AC 2003.41.00.006001-6/RO - Rel. Juiz Fed. Saulo José Casali Bahia - DJe 02.12.2011 - p. 606). 5. Remessa oficial improvida.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 00019955220124050000, AG122794/RN**  
**RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI**

**ÓRGÃO JULGAOR: QUARTA TURMA  
JULGAMENTO: 24/04/2012**

**DIREITO CIVIL DA SAÚDE. ERRO MÉDICO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. HOSPITAL PÚBLICO ADMINISTRADO POR AUTARQUIA FEDERAL. AUTONOMIA. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESÁRIO. I - Mesmo sendo o Sistema Único de Saúde custeado e mantido pela União, ressalte-se que ele é integrado pelos Estados e Municípios da Federação, existindo descentralização, com direção única em cada esfera de governo (art. 198, I, da CF/88), cujos entes são dotados de personalidade jurídica própria, como também são responsáveis pela execução do programa de saúde, inclusive, a contratação, na forma da lei, do pessoal. II - O poder público tem dever de prestar assistência à saúde dos cidadãos, e para isso atua diretamente, através de seus hospitais, postos de saúde, clínicas públicas, serviços de atendimento a domicílio, etc, ou indiretamente, arcando com o custo dos tratamentos efetivados em instituições de saúde conveniadas, atualmente por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, conforme preceituam os artigos 197 e 199, parágrafo 1º, da Constituição da República. III - No presente caso, a parte agravada busca o reconhecimento do direito à indenização por danos morais e o pagamento de pensão mensal, fundado na ocorrência de suposto erro médico no atendimento ocorrido no Hospital Universitário Ana Bezerra, em Santa Cruz/RN. Portanto, o agente supostamente responsável pelo dito dano é vinculado à instituição pública de saúde, qual seja, o Hospital Universitário que é parte integrante da UFRN, administrado e representado por esta Autarquia Federal, dotada de personalidade jurídica própria, a qual deve figurar no pólo passivo da ação principal, sem necessidade de formação de litisconsórcio compulsório com demais entes públicos (União, Estado e Município). IV - Agravo de instrumento improvido.**

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª. REGIÃO  
PROCESSO: 00057879520114058100, AC537611/CE  
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO  
(CONVOCADO)  
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA  
JULGAMENTO: 03/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART 57 DA LEI Nº 8.213/91. BAIXAS TEMPERATURAS. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS DAS ATIVIDADES. PERÍODO SUPERIOR A 25 ANOS. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. JUROS DE MORA. LEI Nº 11.960/2009. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111 DO STJ. I. Estabelece o art. 57. da Lei nº 8213/91 que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. II. Deve ser considerado como especial o período trabalhado independente de apresentação de laudo até a Lei 9.032/95, e após o advento da referida lei, de**

acordo com determinação especificada na norma. I. Estabelece o art. 57. da Lei nº 8213/91 que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. III. Da análise dos autos, observa-se que as atividades sujeitas a baixas temperaturas, a exemplo das desempenhadas pelo demandante, encontram-se previstas no item 1.1.2 dos anexos dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, motivo pelo qual resta reconhecida a natureza especial da atividade. IV. O PPP e o laudo pericial revelam a condição especial da atividade desenvolvida pelo autor, pois este é exposto a agentes nocivos à saúde e à integridade física. V. Possui o autor mais de 25 (vinte e cinco) anos de trabalho de natureza especial. Assim, faz jus à aposentadoria especial pleiteada. VI. O termo inicial da obrigação deve ser considerado como a data do requerimento administrativo do benefício ou, na sua ausência, o do ajuizamento da ação. VII. Incidem os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à Caderneta de Poupança. VIII. Honorários advocatícios fixados no percentual de 5% sobre o valor da condenação, nos termos da sentença, devendo ser observado o disposto na Súmula nº 111 do STJ. IX. Apelação improvida.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª. REGIÃO**  
**PROCESSO: 00015849720104058400, APELREEX19102/RN**  
**RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE**  
**ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA**  
**JULGAMENTO: 03/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MATERIAIS CIRÚRGICOS À PESSOA DESVALIDA ECONOMICAMENTE. COBERTURA DO SUS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. I - A União, o Estado e o Município ostentam legitimidade passiva ad causam para figurar no feito em que se discute a matéria envolvendo realização de cirurgias e tratamento de alto custo, haja vista a solidariedade que emerge da exata dicção do art. 196 da Carta Cidadã. II - A concretização do direito à saúde se materializa, regra geral, mediante a execução de políticas públicas, de caráter genérico, pelo Legislativo e Executivo. Entendimento do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 - CE. III - Na espécie, tem-se o quadro de pessoa desvalida economicamente, paciente do Hospital Médico Cirúrgico, que necessita realizar, com urgência, a cirurgia Artroplastia Total de Revisão (CID T846). Extraí-se igualmente dos autos que esse tratamento cirúrgico e os insumos pleiteados (próteses, órteses e demais materiais) possuem cobertura total do Sistema Único de Saúde. IV - Ante tais constatações, afigura-se imotivada a atitude do Poder Público de não arcar com o procedimento cirúrgico,**

principalmente sabendo-se que o médico solicitante não especificou, nem muito menos exigiu que os materiais necessários para a realização da cirurgia da autora fossem de determinada “marca”. Ao contrário, é de ver, às expressas, que ele apenas relaciona os materiais, sem fazer qualquer referência à marca ou à necessidade de substituir os insumos fornecidos pelo SUS. V - Logo, dada a situação fática delineada, há de ser acolhida a pretensão autoral, a fim de que lhe seja assegurado o fornecimento dos materiais/insumos necessários à realização da cirurgia de que necessita, segundo prescrição do médico especialista que a acompanha. VI - Preliminar de ilegitimidade passiva da União rejeitada. Remessa oficial e apelação da União improvidas.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROCESSO: 0218859-28.2010.8.26.0100 APELAÇÃO**  
**RELATOR: NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA**  
**COMARCA: SÃO PAULO**  
**ÓRGÃO JULGADOR: 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO**  
**JULGAMENTO: 26/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. INJEÇÃO DE “LUCENTIS”. REQUISIÇÃO POR MÉDICO CREDENCIADO DA APELANTE. COBERTURA APTA A SOBRESSAIR.** Escopo da ré é “cuidar de vidas”, portanto, deve fazê-lo de forma efetiva em relação ao autor. Alegação de que o medicamento mencionado não integra o rol da ANS não tem consistência. Pesquisa abrangendo medicação é dinâmica, enquanto que a agência responsável se limita a questões burocráticas. Aspecto teleológico de cura do enfermo ou amenização da anomalia que o acomete deve ser observado. Subterfúgio da recorrente não pode prevalecer. Relação de consumo configurada. Apelo desprovido.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROCESSO: 0004056-59.2011.8.26.0368 APELAÇÃO**  
**RELATOR: LUIZ ANTONIO COSTA**  
**COMARCA: MONTE ALTO**  
**ÓRGÃO JULGADOR: 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO**  
**JULGAMENTO: 25/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO EXCLUSIVAMENTE DE MUDANÇA DA FAIXA ETÁRIA DO SEGURADO-IDOSO. VEDAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA E, PORTANTO, NULA.** O interesse social que subjaz do estatuto do idoso exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do estatuto protetivo. Súmula nº91 da Seção de Direito Privado 1 desta corte. Sentença mantida. RI-TJSP, art. 252. Recurso improvido.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROCESSO: 0005969-79.2012.8.26.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**RELATOR: CARVALHO VIANA**  
**COMARCA: SÃO PAULO**  
**ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**  
**JULGAMENTO: 25/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE.** FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS. DIABETES MELITUS TIPO 1. DETERMINAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS, PRINCIPALMENTE, DE BOMBA INFUSORA DE INSULINA PARADIGMA REAL TIME 722. NECESSIDADE DO AGRAVADO NÃO REFUTADA. Aparelho que decorre de necessidade e não de comodidade do paciente, em vista dos tratamentos anteriores. Desnecessidade de especificação de marca ou modelo da bomba de infusão. Impossibilidade de se exigir o fornecimento de equipamento de marca certa e determinada. Agravante que pode escolher entre os equipamentos existentes no mercado, que atendam aos padrões mínimos de garantia e segurança da saúde e conforto do usuário, desde que se obtenha o mesmo resultado do prescrito. Viabilidade da utilização de versão refabricada, desde que com o mesmo efeito da nova. Fornecimento que não configura privilégio ao agravado. Juiz que não está atuando como administrador, mas fazendo valer a lei e a Constituição. Agravamento parcialmente provido

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROCESSO: 0007799-80.2012.8.26.0000 HABEAS CORPUS**  
**RELATOR: SÉRGIO RIBAS**  
**COMARCA: SOROCABA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: 5ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**  
**JULGAMENTO: 26/04/2012**

**DIREITO PENAL SANITÁRIO.** DOENÇA MENTAL. HABEAS-CORPUS. Paciente teve imposta contra si, medida de segurança consistente na internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Pedido de aplicação da Lei 10.216/21001 (Lei Antimanicomial) indeferido em primeiro grau Pleiteia a imediata concessão da ordem determinando que seja o paciente submetido, urgentemente, a tratamento ambulatorial, conforme preconizado pela Lei 10.216/01. Ordem denegada.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROCESSO: 0041786-10.2012.8.26.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**RELATOR: SALLES ROSSI**  
**COMARCA: SÃO PAULO**  
**ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO**  
**JULGAMENTO: 25/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA.** Deferimento liminar de antecipação dos efeitos da tutela. Paciente portadora de câncer. Presença dos requisitos para o provimento preventivo à faculdade do poder discricionário. Receio justificado à eficiente prestação de socorro à saúde. Discussão acerca da legalidade da cláusula excludente que enfrenta inarredável obrigação imposta

pelo Código de Ética Médica - Inexistência de risco ao segurador. Ausência de inadimplemento do dever de pagar da segurada. Situação que garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado e assegura seu caráter oneroso e sinalagmático. Decisão interlocutória mantida. Recurso improvido.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROCESSO: 0001023-64.2012.8.26.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**RELATOR: SERGIO GOMES**  
**COMARCA: SÃO PAULO**  
**ÓRGÃO JULGADOR: 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**  
**JULGAMENTO: 25/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE.** PEDIDO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DOENTE PARA TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. ADMISSIBILIDADE. O interditando é portador de esquizofrenia, transtorno afetivo bipolar, transtorno mental e comportamental devido ao uso de substância psicoativa. Internações ambulatoriais e tratamentos anteriores que se revelaram ineficazes. Cabimento da internação involuntária em local apropriado, eis que se encontra em situação de risco, assim como seus familiares e terceiros. Recurso provido.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**PROCESSO: 0399072-64.2009.8.19.0001 - APELACAO**  
**RELATOR: JORGE LUIZ HABIB**  
**ÓRGÃO JULGADOR: DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 02/05/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA.** PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO. O franqueador, de marca conhecida AMIL -- é o fornecedor aparente dos serviços contratados, e deve zelar pelo cumprimento das obrigações assumidas pelo franqueado, sobretudo quando seus contratantes raramente têm ciência de que firmam contrato com o franqueado, mas imaginam que estão contratando, efetivamente, com o titular de uso da marca, violando, a mais não poder, o dever de informação que preside toda e qualquer relação contratual, notadamente as de índole consumerista. O contratante dos serviços da marca Amil não pode ser prejudicado em decorrência de contratos e distratos de que não participou, res inter alios acta no dizer da melhor doutrina, daí porque correta a procedência da ação ordinária, que mantém o contrato de seguro saúde na rede credenciada da AMIL. Violado o direito do consumidor quanto à informação adequada e clara sobre os serviços, na forma do art. 6, III, do CDC, evidencia o vício do serviço, ensejando o dever de indenizar por dano moral, como reconhecido na sentença. Seria contrário à lógica e ao bom senso o entendimento de que, não obstante tenha sido reconhecido na fundamentação da sentença, o direito de cada autor receber indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00, perdessem tal direito porque a expressão "para cada autor" não tivesse sido expressamente consignada na

parte dispositiva do “decisum”. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ E DESTE TRIBUNAL APELAÇÃO 1 A QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO “CAPUT” DO ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO 2 A QUAL SE DÁ PROVIMENTO, NA FORMA DO PARÁGRAFO 1º-A DO ARTIGO 557 DO CPC.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**PROCESSO: 0042878-45.2008.8.19.0004 - APELACAO**  
**RELAOTORA: ELISABETE FILIZZOLA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 02/05/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CHEQUE CAUÇÃO. ABUSO DO DIREITO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. QUANTIFICAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.** A autora, dependente de seu marido em plano de saúde coletivo firmado entre a Bradesco Saúde e seu empregador, estava grávida e, ao ingressar nas dependências do hospital réu para o procedimento de parto, com risco de morte fetal, não foi prontamente atendida em razão de problemas com a autorização pela operadora de plano de saúde, sendo-lhe exigida a apresentação de cheque em garantia. A exigência de cheque caução pelo Hospital configura abuso no direito de cobrança, considerando o estado de necessidade e vulnerabilidade da pessoa, especialmente em situações de urgência e emergência, merecendo ser a autora ressarcida pelos danos morais sofridos. Dano moral *in re ipsa*, arbitrado em R\$ 5.000,00, que atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC, ANTE A SUA MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**PROCESSO: 0072718-07.2011.8.19.0001 - APELACAO / REEXAME NECESSARIO**  
**RELATOR: NAGIB SLAIBI**  
**ÓRGÃO JULGADOR: SEXTA CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 26/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. PACIENTE GESTANTE DE FETO HIDROCÉFALO. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO DE ATENDIMENTO NEONATAL POR PROFISSIONAL DA ÁREA NEUROLÓGICA. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA URGENTE PARA UNIDADE HOSPITALAR PÚBLICA PROVIDA DE NEUROLOGIA INFANTIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO.** Confirmação em parte. Exclusão, no dispositivo, da determinação de que os honorários se revertam ao CEJUR/DP. Autora não patrocinada pela Defensoria Pública. Recurso do Município. Parcial provimento. Redução do valor da condenação em honorários advocatícios para R\$200,00 (duzentos reais). A saúde é direito fundamental social, direito de todos e dever do Estado, aqui no sentido amplo de Poder Público, destacando a Carta da República a relevância do tema em seus artigos 6º, 196

e 197, com atendimento integral (art. 198, II), de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Não procede a alegada violação ao princípio da isonomia ou princípio orçamentário, pois o direito à vida, como direito fundamental, e maior, deve ser preservado e resguardado quando em confronto com qualquer outro. Precedentes citados: 2008.004.01399 - Mandado de Segurança - Des. Nagib Slaibi - Julgamento: 04/02/2009 - Sexta Câmara Cível; 0020599-39.2009.8.19.0066 - 1ª Ementa Apelação - Des. Elton Leme - Julgamento: 29/07/2010 - Sexta Câmara Cível; 0002025-92.2002.8.19.0007 (2002.009.00687) - 1ª Ementa - Reexame Necessário Des. Gilberto Rego - Julgamento: 27/05/2003 - Sexta Câmara Cível. Reforma "ex officio" parcial. Parcial provimento de plano da apelação. Aplicação do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.051459-3**  
**COMARCA: TIMBÓ**  
**RELATOR: JAIME LUIZ VICARI**  
**JULGAMENTO: 02/05/2012**

**DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. INVALIDEZ PERMANENTE. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ DO SEGURADO E DA REALIZAÇÃO DE EXAMES PELA SEGURADORA. GRAU DE INCAPACIDADE. PERCENTUAL APURADO POR PERITO NOMEADO PELO JUÍZO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A má-fé do segurado deve ser comprovada a fim de justificar a recusa ao pagamento da indenização securitária. A seguradora que não procedeu à realização de nenhuma espécie de exame, a fim de constatar a real condição de saúde do segurado, assume os riscos por eventual doença preexistente. Precedentes.**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.060133-9**  
**COMARCA: BLUMENAU**  
**RELATOR: GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA**  
**JULGAMENTO: 27/04/2012**

**DIREITO CIVIL DA SAÚDE. ERRO MÉDICO (DIAGNÓSTICO). QUADRO CLÍNICO DE DORES ABDOMINAIS. HISTERECTOMIA - RETIRADA DO ÚTERO. RECIDIVA DO PADECIMENTO. AUSÊNCIA, PORÉM, DE QUALQUER ATO ILÍCITO. IMPROCEDÊNCIA. INSATISFAÇÃO DA AUTORA. AUSÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR. DEFEITO NA REPRESENTAÇÃO. MÁCULA QUE NÃO SE FAZ PRESENTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA SUPRIR O VÍCIO. PECHA SANADA. REVELIA NÃO DECRETADA. EXEGESE DO ART. 13 DO CPC. Se há vício de representação, não há se falar em decretação da revelia, conforme previsto no art. 13 do CPC, se não houve intimação para correção do vício. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL AFASTADA. Independentemente da natureza da relação estabelecida entre o profissional da área da medicina e**



a Casa de Saúde, esta deve suportar o ônus decorrente da demanda de cunho reparatório deflagrada pela paciente, se a conduta omissiva ou comissiva causadora do prejuízo é atribuída, de forma distinta, ao médico e ao hospital. MÉRITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. Aos atos dos médicos aplica-se a teoria clássica que instituiu no ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva, o que torna imprescindível para haver condenação a averiguação da seguinte trilogia: (1º) a ação ou omissão dolosa ou culposa; (2º) o prejuízo; e, (3º) o liame de causalidade entre o dano e a conduta ilícita. DIAGNÓSTICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. O erro de diagnóstico constitui obrigação de meios e, em princípio, não gera responsabilidade alguma, haja vista que o profissional, para estabelecer qual a terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade e, inclusive, para a obtenção de certeza diagnóstica, depende da coleta de dados do paciente, por exemplo, a averiguação de sintomas através dos quais se manifeste a doença. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL: POR ATO DO MÉDICO SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - E, POR INFECÇÃO HOSPITALAR, OBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. A responsabilidade civil do hospital é subjetiva, assim como a do médico; porém, se o dano não for resultante de conduta médica, como a infecção hospitalar, responderá ele objetivamente, nos moldes do que prescreve o caput do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. QUADRO DE MENSTRUAÇÃO EXCESSIVA E CÓLICAS UTERINAS. DIAGNÓSTICO PRÉVIO DE ADENOMINOSE. HISTERECTOMIA TOTAL COM ANEXECTOMIA DIREITA (RETIRADA DO ÚTERO, TROMPA E OVÁRIO DIREITOS) RECOMENDADA. POSTERIOR OCORRÊNCIA DE CISTO NO OVÁRIO ESQUERDO. TRATAMENTO CLÍNICO MAL SUCEDIDO. ORIENTAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE OOFORECTOMIA (RETIRADA DO ÚTERO ESQUERDO). RECIDIVA DAS DORES ABDOMINAIS. MASSA CÍSTICA NOVAMENTE DETECTADA. IMPRESCINDIBILIDADE DE UMA NOVA CIRURGIA (VIDEOLAPAROSCOPIA). ERRO DE DIAGNÓSTICO APONTADO. SUSCETIBILIDADE PARA FORMAÇÃO DE CISTOS DECORRENTE DA PRÓPRIA RETIRADA DO ÚTERO, TROMPA E OVÁRIO. DEFESA NATURAL DO ORGANISMO. PARTICULARIDADES DO CORPO HUMANO. ATUAÇÃO PROFISSIONAL DILIGENTE. ATO ILÍCITO NÃO VERIFICADO. DEVER DE INDENIZAR ARREDADO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. A atuação do profissional da área da medicina só pode ser penalizada civilmente quando for demonstrado flagrante equívoco, seja por imprudência, imperícia ou negligência. Caso contrário, se embora ostensiva a atuação do médico não for suficiente para conter a patologia apresentada no organismo da paciente, por se tratar de obrigação de meios, e não de resultado, não há se falar em erro de diagnóstico e, por consequência, aludido profissional não pode ser civil e patrimonialmente castigado. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ**  
**PROCESSO: 201100010020689 - APELAÇÃO CÍVEL**  
**RELATOR: JOSÉ RIBAMAR OLIVEIRA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA ESPECIALIZADA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 25/04/2012**

**ÉTICA SANITÁRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. CONCESSÃO QUE SE FAZ RAZOÁVEL E PROPORCIONAL.** 1. É certo que a licença para tratar de interesses particulares é direito assegurado ao servidor efetivo pelo ente público municipal, contudo, o deferimento de sua fruição encontra-se vinculado à esfera de discricionariedade da Administração Pública, a qual poderá avaliar o momento oportuno para a sua concessão. 2. Entretanto, o caso em destaque revela uma particularidade a merecer uma apreciação isolada e sob a ótica solidária e humana, uma vez que quando se trata de motivos de saúde de um filho, com risco de morte, não há que se esperar o “momento oportuno para o deferimento da licença pelo administrador”, dada a urgência na apreciação do pleito. 3. Não se trata de mera conveniência do particular em detrimento do interesse público, mas sim da aplicação direta e inafastável do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o que faz de cada ser humano merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. 4. Princípio da Supremacia do Interesse Público, bem como todo o Direito Administrativo (e, talvez, até todo o Direito Público), que devem ser limitados pelo Princípio da Dignidade Humana, pois o fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Carta Magna). 5. Recurso Provido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os componentes da Egrégia 2ª Câmara Especializada Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, por votação unânime, invocando o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, o direito à saúde e proteção da família (arts. 5º e 126 da CF), em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de modificar a sentença recorrida e então conceder a segurança, determinando ao apelado que defira aos apelantes as pleiteadas licenças sem vencimentos para trato de interesses particulares, nos termos da Lei Municipal que estabelece o regime jurídico dos servidores públicos municipais. Participaram da Sessão de Julgamento: os Exmos. Srs. Desembargadores: José Ribamar Oliveira - Relator, Luiz Gonzaga Brandão de Carvalho e Sebastião Ribeiro Martins (convocado). Presente ainda o Exmo. Sr. Dr. José Ribamar da Costa Assunção - Procurador de Justiça. Sala das Sessões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em Teresina, aos vinte e cinco dias do mês de abril do ano de dois mil e doze.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ**  
**PROCESSO: 201000010036541 – MANDADO DE SEGURANÇA**  
**RELATOR: PEDRO DE ALCÂNTARA MACÊDO**  
**ÓRGÃO: TRIBUNAL PLENO**  
**JULGAMENTO: 22/03/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS. PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA DEGENERATIVA. DUPLICIDADE DE RECURSOS EM FACE DE DECISÕES COM IGUAL TEOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA E ILEGITIMIDADE ATIVA**

REJEITADAS. DIREITO A SAÚDE E PRESERVAÇÃO DA VIDA. ART. 198 DA CF. DIREITO CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE E SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS. RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. LIMINAR CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA EM DEFINITIVO, À UNANIMIDADE. 1. No caso em comento, foram proferidas, por equívoco, duas decisões concedendo o pedido in limine, em face das quais o Estado do Piauí interpôs dois sucessivos agravos com igual teor. Assim, considerando, pois, que as decisões foram proferidas por juízo competente e que a última implicitamente ratificou a primeira; considerando ainda que houve pleno exercício da garantia ao contraditório e a ampla defesa pelo impetrado e que não houve prejuízo a nenhuma das partes, não há que falar em afronta ao princípio da unrecorribilidade recursal; 2. Sendo o SUS composto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto nos arts. 196 e 198, da CF/88, a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde a quem dela necessita caberá a cada um deles, de forma solidária; Incompetência absoluta não acolhida. Inteligência das Súmulas 02 e 06/TJPI; 3. Não há falar em ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual consoante entendimento sumulado por este Tribunal de Justiça (Súm. 03). Preliminar rejeitada; 4. O princípio da reserva do possível não serve de supedâneo à omissão do Estado, quando se trata do direito à saúde, notadamente o direito à vida que não pode ser inviabilizado sob o pretexto de incapacidade financeira (Súm. 01/TJ); 5. Liminar confirmada. Segurança concedida em definitivo, à unanimidade. Decisão: Acordam os componentes do Egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, à unanimidade, em rejeitar as preliminares de incompetência absoluta da Justiça Estadual, da ilegitimidade Ativa do Parquet e da inadequação da Via Eleita. No mérito, à unanimidade, em conceder, em definitivo, a segurança vindicada, confirmando os efeitos da segunda liminar, deferida às fls. 84/86, que ratificou a primeira às fls. 37/40, as quais determinaram à autoridade coatora o fornecimento do medicamento TSH-RECOMBINANTE à paciente, conforme prescrição médica, em conformidade com o parecer do Ministério Público Superior. Custas pelo impetrado.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**PROCESSO: 2012.000511-7 – APELAÇÃO CIVIL**

**Relator: Vivaldo Pinheiro**

**Origem: 17ª Vara Cível da Comarca de Natal/RN**

**Julgamento: 23/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. DIREITO CIVIL DA SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. MATERIAL DISPONIBILIZADO PARA CIRURGIA DIVERSO DO SOLICITADO PELO PACIENTE. INTERRUÇÃO DO PROCEDIMENTO E ADIAMENTO. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DA EQUIPE MÉDICA. GUIA DE SOLICITAÇÃO NÃO ESPECIFICOU CORRETAMENTE O MATERIAL CIRÚRGICO. ATO LESIVO. EVIDENCIADA CULPA DO MÉDICO. LEITURA DO ENUNCIADO 191,**

CJF. PACIENTE TEVE DE REPETIR SEDAÇÃO E TODO O PROCEDIMENTO PRÉ-CIRÚRGICO. ESTRESSE FÍSICO E EMOCIONAL. ABALO PSICOLÓGICO. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIZAÇÃO DO HOSPITAL PRESENTES. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. VALOR ARBITRADO JUSTO E ADEQUADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL APROPRIADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima identificadas: Acordam os Desembargadores que integram a 3ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, ausente parecer ministerial, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, que passa a fazer parte integrante deste acórdão.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRAND DO NORTE**  
**PROCESSO: 2011.014153-7 - APELAÇÃO CIVIL**  
**RELATOR: JOÃO REBOUÇAS**  
**ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 17/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. REVELIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. NATUREZA RELATIVA. EFEITO QUE SE RESTRINGE À QUESTÃO FÁTICA. ACERVO PROBATÓRIO E FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE NÃO SE SUBMETEM AOS PRECEITOS DO ART. 319, DO CPC. PLANO DE SAÚDE. MOLÉSTIA GRAVE. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO ADEQUADO EM REDE HOSPITALAR CREDENCIADA. SUBMISSÃO À PROCEDIMENTOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS FORA DA ÁREA DE COBERTURA CONTRATUAL. MEDIDA NECESSÁRIA E EFICAZ NA CURA DA ENFERMIDADE. CLÁUSULA LIMITADORA. INADMISSIBILIDADE. RESTRIÇÃO QUE AGRIDE OS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NO CDC. DEVER DE RESSARCIR AS DESPESAS HOSPITALARES DESPENDIDAS COM O TRATAMENTO. RESTITUIÇÃO QUE DEVE FICAR LIMITADA AOS VALORES DA TABELA OPERACIONALIZADA PELO PLANO. DANO MORAL. RECUSA ILEGÍTIMA. AGRAVAÇÃO DA AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E DE ANGÚSTIA DE ESPÍRITO DO PACIENTE. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ADEQUADO E PROPORCIONAL AO GRAVAME. REFORMA DA SENTENÇA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES. - A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor não consubstancia efeito absoluto da revelia, podendo ser relativizada não só nas expressas previsões do art. 320, do CPC, como também em outras hipóteses concretas, cujo acervo probatório constante nos autos, os fatos narrados na exordial ou os fundamentos jurídicos que embasam o caso não convençam o órgão julgador acerca do posicionamento necessariamente contrário ao réu revel. - Limitações contratuais meramente geográficas, que impõem ao consumidor a submissão a centros clínicos localizados em determinadas regiões do País, no interesse e arbítrio exclusivos da empresa prestadora de serviços ou**

da seguradora, não devem prevalecer para privar de tratamento adequado e satisfatório o contratante que não tem, sequer, o diagnóstico preciso da doença nos estabelecimentos hospitalares credenciados.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROCESSO: 024090249756 - APELAÇÃO CIVEL**  
**RELATOR : NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO**  
**ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 24/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA CONTRATUAL MOTIVADA NA AVALIAÇÃO DA OPERADORA ACERCA DA EFICÁCIA DO TRATAMENTO NECESSITADO PELO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE VERIFICADA. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO IMPROVIDO. I. Malgrado seja assegurado ao fornecedor, no contrato de plano de saúde, definir quais as patologias que se encontram albergadas nos limites da cobertura contratual, não lhe compete restringir quais as opções terapêuticas alcançadas pelo risco contratado, já que, se assim o fosse, estar-se-ia admitindo que a Operadora agisse em substituição aos médicos responsáveis pela avaliação do estado clínico do paciente. II. Ao negar a cobertura que lhe foi postulada, a Recorrente acabou por limitar o acesso do consumidor à medida necessária à recuperação da sua saúde, acometida por patologias inclusas na cobertura contratual, em inegável afronta ao dever de lealdade contratual. III - Considerando os critérios elencados pelo § 3º, do artigo 20, do aludido *Codex*, afigura-se razoável a fixação da verba honorária em R\$ 2.000,00 (mil reais), no contexto da Sentença que reconheceu a obrigação da Recorrente de prestar cobertura contratual ao tratamento necessitado pelo beneficiário do plano de saúde. IV - Recurso conhecido e improvido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da Sessão, que integram este julgado, por unanimidade dos votos, conhecer e negar provimento ao Recurso.**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROCESSO: 011119005855 - AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**RELATOR : RONALDO GONÇALVES DE SOUSA**  
**ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 10/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. MEDICAMENTO. TRATAMENTO PSÍQUICO. ANTIETANOL. ALCOOLISMO. PERICULUM IN MORA COMPROVADO. VEROSSIMILHANÇA ATESTADA POR MEIO DE RECEITA MÉDICA. RECURSO IMPROVIDO. Havendo expressa prescrição médica de um determinado medicamento (*in casu* o denominado Antietanol), não há que se falar em substituição do mesmo por qualquer outro, uma vez que o profissional médico que acompanha seu paciente que possui a competência para determinar aquilo que o mesmo necessita ao seu tratamento. O Sistema Único de Saúde deve prestar a seus**

pacientes o tratamento prescrito pelo médico, primando sempre pela eficiência, presteza, disponibilidade etc, uma vez que além de os profissionais serem funcionários públicos, estão diuturnamente lidando com vidas de pessoas que já encontram-se debilitadas em razão da enfermidade que a acometem. É dever do Estado, Municípios e União proverem, sempre que necessário e até mesmo de forma preventiva, pela saúde e bem estar de seus jurisdicionados, lembrando-se que a saúde é um direito constitucionalmente protegido como

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROCESSO: 2119000107 - AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**RELATOR : ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON**  
**ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 10/04/2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE O ESTADO E O MUNICÍPIO.** Ausência de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico público para tratamento de ébrios - atribuição municipal para celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução - art. 18, X, da Lei nº 8.080/1990 - inexistência de decisão nula por *extra petita* - internação em clínica especializada para tratamento de dependência química - presença requisitos tutela antecipada - ART. 273 DO CPC - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1 - Hipótese em que tanto o Estado quanto o Município foram inseridos no pólo passivo da ação, não se afigurando *extra petita* a decisão que, nada obstante o pedido autoral, imputou ao ente público municipal, e não ao estadual, a obrigação de indicar e custear a clínica particular para tratamento do dependente químico, já que o Município não possui um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico público para tratamento de ébrios. 2 - Não se exige que o cidadão conheça as atribuições de cada ente federado, cuja responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é solidária (Arts. 23, II, primeira parte, e 196, da Carta Magna de 1988). 3 - A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, estabelece, em que Art. 18, X, que à direção municipal do Sistema Único de Saúde - SUS compete, "*observado o disposto no artigo 26 desta lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução*". 4 - O direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantidos, abrangem o tratamento de dependência química, que é uma doença e pode ensejar, inclusive, a morte. 5 - Paciente desempregado com hepatopatia crônica de etiologia alcoólica em estado precário. 6 - Presença dos requisitos da antecipação dos efeitos da tutela (a prova inequívoca que leva ao convencimento da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação - art. 273, *caput* e inciso I, do Código de Processo Civil).

7 - Recurso conhecido e desprovido. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, CONHECER do presente recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do E. Relator.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS**  
**PROCESSO: 2011.000003-5 - APELAÇÃO CÍVEL**  
**RELATOR: DES. ARISTÓTELES LIMA THURY**  
**ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 22/08/2011**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA.** PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. TRATAMENTO FORA DO REGIME DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR. MEDICAMENTOS EMED, PANTOZOL, SOFRAN, DECADRON, DEXAMETASONA, GRANISETRONA E ALIMTA, APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.656/98. COBERTURA DEVIDA. ALEGAÇÃO DE QUE O MEDICAMENTO ALIMTA NÃO ESTÁ LIBERADO NO BRASIL PARA USO NA PATOLOGIA APRESENTADA PELO ORA APELADO. NÃO COMPROVAÇÃO. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. Reconhecido que o contrato entabulado entre as partes prevê a cobertura de tratamento da patologia apresentada pela parte autora, revela-se abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura os medicamentos correlatos, tão-somente pelo fato de serem ministrados fora do regime de internação hospitalar. O plano de saúde não pode se recusar a custear os fármacos prescritos pelo médico, pois cabe a este definir qual é o melhor tratamento para o segurado. Nos termos do art. 51, IV, do CDC, mostra-se abusiva a cláusula contratual que exclui do tratamento o fármaco pleiteado, uma vez que coloca o consumidor em desvantagem exagerada frente à operadora de plano de saúde. Hipótese em que não há justificativa para a negativa de cobertura. Com relação a alegação de que o medicamento denominado Alimta, não tem sua utilização liberada no Brasil, para uso na patologia apresentada pelo ora apelado, o mesmo não restou comprovado. -Apelo conhecido e desprovido.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ**  
**PROCESSO - 2011.3.025793-9 - APELAÇÃO CÍVEL**  
**RELATOR: CLÁUDIO A. MONTALVÃO NEVES**  
**COMARCA: BELÉM**  
**JULGAMENTO: 16/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA.** PLANO DE SAÚDE. REEMBOLSO INDEVIDO. ATENDIMENTO EM HOSPITAL DE CATEGORIA DIFERENCIADA. NÃO CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA. APELO CONHECIDO E PROVIDO À UNANIMIDADE. I. Cumpre mencionar que a boa fé objetiva e os seus deveres anexos de conduta geram uma presunção legal e principiológica que milita em favor do consumidor. II. Como se sabe, a

atividade securitária objeto dos autos está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante disposição do artigo 3º, § 2º, devendo suas cláusulas obedecer às regras dispostas na legislação consumerista, com a finalidade de evitar eventuais desequilíbrios entre as partes, especialmente em virtude da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. III. Ressalto que as restrições de direito devem estar expressas, legíveis e claras no contrato, em observância ao dever de informação consagrado na legislação consumerista, que determina ao fornecedor, estipulante nos contratos de adesão, o dever de destacar e redigir de modo claro e facilmente compreensível ao beneficiário as cláusulas limitativas de direitos, como bem se observa à fl. 55 dos autos. Isso porque o consumidor tem o direito de prever qual será a exata medida da cobertura reembolsada, que deve ser proporcional ao valor despendido com a mensalidade. IV. Apelo conhecido e provido à unanimidade. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível da Comarca de Belém, ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a egrégia 2ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, conhecer do apelo e dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Este julgamento foi presidido pela Exmª. Desª. Helena Percila de Azevedo Dornelles.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL**  
**PROCESSO: 2012.005421-3 - APELAÇÃO CÍVEL**  
**RELATOR: JOENILDO DE SOUSA CHAVES.**  
**ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL**  
**JULGAMENTO: 18/04/2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. LIMITAÇÃO DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. ABUSIVIDADE DEMONSTRADA. VIOLAÇÃO AO ART. 51, INCISO IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 302. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.** É considerada abusiva a cláusula que limita o tempo de internação hospitalar. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.



**COLÔMBIA**  
**CORTE CONSTITUCIONAL**  
**EXPEDIENTE: D-8533**  
**SENTENÇA: C-197 DE 2012**  
**RELATOR: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB**  
**JULGAMENTO: 14.03.2012**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS.**

Artigo 52.1 da Lei 1438 de 2011, “por meio da qual se altera o Sistema de Seguridade Social em Saúde e outras disposições”. Coube a Corte determinar se a limitação prevista no artigo 52.1 da Lei 1438 de 2011, sobre a possibilidade de celebração de contratos de pagamento por captação entre EPS e IPS ou de profissionais, unicamente para serviços médicos de baixa complexidade desconhece os artigos 48, 49 e 333 da Constituição Política, por tratar-se conforme aduz o demandante, de uma restrição não justificada que afeta a eficiência do Sistema de Seguridade Social em Saúde. Examinados os antecedentes da reforma introduzida pelo artigo 52 da Lei 1438 de 2011, à modalidade contratual de pagamento por captação, que na Lei 100 de 1993 não se encontrava limitada a qualquer nível de complexidade dos serviços de saúde, a Corte chegou à conclusão de que está em conformidade com as normas da Constituição. Indicou que, embora seja verdade que a limitação da norma implica uma limitação à livre iniciativa das EPS e IPS, especialmente de sua liberdade contratual, se trata de uma restrição proporcionada em conformidade com a jurisprudência constitucional e, em lugar de afetar a eficiência do Sistema de Seguridade Social em Saúde, a promove. A análise realizada pela Corte parte da existência da ampla margem de configuração legislativa do Sistema de Seguridade Social em Saúde e o dever reforçado do legislador de intervir, com o fim de assegurar que o sistema cumpra o seu objetivo de garantir o gozo efetivo o direito à saúde. Em razão dessas competências, cabe ao legislador estabelecer as condições sob as quais os indivíduos podem participar na operação do sistema e, deste modo, limitar suas liberdades econômicas, sempre e quando não anulem seus conteúdos básicos e sujeito ao princípio da proporcionalidade. Em primeiro lugar, a Corte estabeleceu que a medida contida no preceito é idônea pois, de um lado, visa garantir o gozo efetivo do direito à saúde, ou seja, um fim não só importante mas imperativo à luz da Constituição, e de outro, utiliza um meio adequado para a finalidade. Certamente, a medida (i) busca evitar que mediante a celebração dos contratos de pagamento por captação, as EPS mudem para a IPS a gestão do risco, em particular, no que respeita aos serviços de média e alta complexidade e desta forma, aumentem os custos de administração do sistema. (ii) Desta mesma maneira, persegue a adequada, eficiente e oportuna prestação dos serviços médicos, tanto de baixa complexidade, como média e alta. Para os serviços de média e alta complexidade, mediante a proibição de sua contratação por meio da modalidade de pagamento por captação, com o fim de evitar a subcontratação necessária e evitar práticas lesivas dos direitos dos pacientes, tais como o atraso na alocação de consultas com especialistas

ou a negação do serviço. Sobre os serviços de baixa complexidade, promovendo precisamente este tipo de modalidade, que se revelou muito útil nestes casos, pois incentiva as IPS a realizar atividades de promoção e prevenção para reduzir a demanda de serviços. (iii) A medida também visa preservar a estabilidade financeira das IPS e, assim, garantir a pluralidade de prestadores de serviços médicos - requisito para a realização do princípio da livre escolha, porque impede que as IPS assumam custos de serviços médicos de média e alta complexidade que não estavam previstos no contrato original. De outra parte, o meio escolhido pelo legislador é adequado, uma vez que impede que daqui por diante o contrato de pagamento por captação se celebre para os serviços médicos para os quais não foi desenhado. Em segundo lugar, a prescrição é necessária porque, de acordo com informações fornecidas pelo antigo Ministério de Proteção Social, as medidas de controle que foram adotadas anteriormente não apresentaram resultados definitivos na diminuição das más práticas associadas a esta modalidade de contrato. Em terceiro lugar, a regulação é equilibrada em sentido estrito, uma vez que, de um lado, ajuda a garantir o efetivo gozo do direito fundamental à saúde, assim como os princípios de eficácia e eficiência que regem a seguridade social; e de outro, se bem limita a livre iniciativa, não anula seus conteúdos básicos. Na verdade, a medida não estabelece tratamento discriminatório, entre os concorrentes que se encontram na mesma situação, tampouco restringir os direitos das EPS e IPS para concorrer no mercado de serviços de saúde; não implica uma interferência nos assuntos internos da organização; mesmo limitando os seus métodos de gestão, não impede a execução do objeto social e tampouco impede que as EPS e IPS obtenham um benefício econômico razoável pelo exercício de suas atividades. Finalmente, em relação à questão sobre a violação do princípio da eficiência, a Corte considerou que não é aceitável, visto que a medida prevista na disposição destacada, longe de afetar a eficiência do Sistema de Seguridade Social em Saúde, a promove. Neste ponto é importante ressaltar que a eficiência em matéria de saúde não pode ser medido somente em termos econômicos, mas requer uma análise dos resultados em termos de conteúdo do direito fundamental à saúde. Com base nesses argumentos, a Corte Constitucional declarou executável o artigo 52.1 da Lei 1438 de 2011.

### **ORIGINAL**

*Artículo 52.1 de la Ley 1438 de 2011, "Por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones". Le correspondió a la Corte determinar, si la limitación prevista en el artículo 52.1 de la Ley 1438 de 2011, acerca de la posibilidad de celebrar contratos de pago por capitación entre EPS e IPS o profesionales, únicamente para servicios médicos de baja complejidad, desconoce los artículos 48, 49 y 333 de la Constitución Política, por tratarse, según lo aduce el demandante, de una restricción no justificada que afecta la eficiencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Examinados los antecedentes de la reforma introducida por el artículo*

52 de la Ley 1438 de 2011 a la modalidad contractual de pago por capitación, que en la Ley 100 de 1993 no estaba limitada a ningún nivel de complejidad de servicios de salud, la Corte llegó a la conclusión de que se ajusta a las normatividad de la Carta Política. Indicó que si bien es cierto que la limitación prevista en la norma acusada implica una limitación de la libertad de empresa de las EPS e IPS, especialmente de su libertad contractual, se trata de una restricción proporcionada de conformidad con la jurisprudencia constitucional y en lugar de afectar la eficiencia del Sistema de Seguridad Social en Salud, la promueve. El análisis efectuado por la Corte parte de la existencia del amplio margen de configuración legislativa del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del deber reforzado del legislador de intervención, con el fin de asegurar que el sistema cumpla con su objetivo de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. En virtud de esas competencias, le corresponde al Legislador establecer las condiciones bajo las cuales los particulares pueden participar en la operación del sistema y por esta vía, limitar sus libertades económicas, siempre y cuando no anule sus contenidos básicos y lo haga con sujeción al principio de proporcionalidad. En primer término, la Corte estableció que la medida contenida en el precepto acusado es idónea, pues, de un lado, se dirige a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, es decir, un fin no solamente importante sino imperioso a la luz de la Constitución, y de otro, emplea un medio adecuado para el efecto. Ciertamente, la medida (i) busca evitar que mediante la celebración de los contratos de pago por capitación, las EPS trasladen a la IPS la gestión del riesgo, en particular, respecto de los servicios de los niveles medio y alto de complejidad y de esta manera, aumenten los costos de administración del sistema. (ii) Por esta misma vía, persigue la adecuada, eficiente y oportuna prestación de los servicios médicos tanto de baja complejidad, como de mediana y alta. En el caso de los servicios de mediana y alta complejidad, mediante la prohibición de su contratación por la modalidad de pago por capitación, con el fin de impedir la subcontratación necesaria y evitar prácticas lesivas de los derechos de los pacientes, tales como la dilación en la asignación de citas con especialistas o la negación del servicio. Respecto de los servicios de baja complejidad, mediante la promoción precisamente, de esta modalidad contractual, la cual ha demostrado ser muy útil para estos casos, ya que incentiva a las IPS a realizar actividades de promoción y prevención para disminuir la demanda de servicios. (iii) También se dirige esta medida a preservar la estabilidad financiera de las IPS y, de esta manera, a asegurar la pluralidad de oferentes de servicios médicos –requisito para la realización del principio de libre elección, debido a que evita que las IPS asuman costos de servicios médicos de media y alta complejidad que no fueron previstos en el contrato original. Por otra parte, el medio elegido por el Legislador es apropiado, pues impide que en lo sucesivo el contrato de pago por capitación se celebre para los servicios médicos para los que no fue diseñado. En segundo término, la prescripción es necesaria, puesto que, según la información suministrada por el antiguo Ministerio de la Protección Social, las medidas de control que se habían adoptado previamente no mostraron resultados definitivos en la

*disminución de las malas prácticas asociadas a esta modalidad contractual. En tercer término, la regulación es proporcionada en estricto sentido, ya que, de un lado, contribuye a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, así como los principios de eficacia y eficiencia que rigen la seguridad social; y de otro, si bien limita la libertad de empresa, no anula sus contenidos básicos. En efecto, la medida no establece un trato discriminatorio entre competidores que se hallen en la misma situación; tampoco restringe los derechos de las EPS e IPS a concurrir al mercado de servicios de salud; no implica una intromisión en los asuntos internos de la organización; aunque limita sus métodos de gestión, no le impide la ejecución del objeto social y tampoco impide a las EPS e IPS obtener un beneficio económico razonable por el ejercicio de sus actividades. Por último, en relación con el cargo de violación del principio de eficiencia, la Corte encontró que tampoco es de recibo, pues la medida prevista en la disposición acusada, lejos de afectar la eficiencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la promueve. En este punto es importante resaltar que la eficiencia en materia de salud no puede valorarse solamente en términos económicos, sino que exige un examen de los resultados en términos de los contenidos del derecho fundamental a la Salud. Con fundamento en los anteriores argumentos, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 52.1 de la Ley 1438 de 2011.*

**COLÔMBIA****CORTE SUPREMA DE JUSTICIA****SALA DE CASACIÓN CIVIL****EXPEDIENTE: 68001-22-13-000-2012-00001-01****RELATOR: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR****JULGAMENTO: 16.03.2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. COBERTURA DE TRATAMENTO.** Decide-se a impugnação formulada contra a sentença proferida em 20 de janeiro de 2012, pela CÂMARA CIVIL FAMÍLIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, dentro do processo de tutela promovido por MYRIAM JUDITH OVIEDO LEIVA contra a CLÍNICA REGIONAL DEL ORIENTE DE LA POLICÍA NACIONAL DE BUCARAMANGA e a DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL. Antecedentes. 1. a promotora da ação exige a proteção dos direitos fundamentais à saúde e à vida em condições dignas e justas, alegadamente violados pelas autoridades mencionadas. 2. Em apoio da sua pretensão constitucional, relata, em síntese, que é beneficiária do sistema de saúde da Policía Nacional, afiliada a “EPS CLÍNICA REGIONAL DEL ORIENTE”. Aduz que em maio 2011 foi prescrita uma intervenção cirúrgica com fim de substituir as “articulações direita e esquerda com prótese temporomandibular individualizada”, e que, em outubro do mesmo ano a mandaram realizar um “IDX anquilose ATM direita e esquerda TAC maxilar inferior com reconstrução em 3D por meio físico e Digital”. Explica que solicitou várias vezes à aludida Empresa Promotora de Saúde e na Dirección de Sanidad para autorizar os procedimentos médicos mencionados acima, sem sucesso, pois

responderam que não teriam “contrato”. Depois de garantir que sua “saúde está se deteriorando por negligência dos funcionários” da Clínica citada, requer à gestora que por esta via ordene aos demandados para emitir a autorização em atendimento aos pedidos, assim como oferecer tratamento necessário e integral para atender sua patologia. A SENTENÇA IMPUGNADA. O tribunal concedeu o amparo petitionado pela Sra. Oviedo Leiva porque “o fato de não autorizar e, obviamente, não realizar exames e procedimentos médicos prescritos pelo médico responsável por OVIEDO LEIVA para aliviar suas dores e recuperar, dentro do possível, a funcionalidade de sua mandíbula, o que afeta diretamente os seus direitos fundamentais à saúde e uma vida digna, como os avanços da medicina permitem hoje. A IMPUGNAÇÃO. A Polícia Nacional contestou a decisão do juiz constitucional, sustentando que, embora o exame requerido “não está contemplado no acordo 002 do Plano de Benefícios de Saúde da Polícia Nacional, mediante ofício enviado em 19 de janeiro de 2012, foi informado ao usuário que para ter acesso a este exame médico deve enviar uma solicitação de procedimento NO POS justificada pelo especialista responsável pelo tratamento, para aprovação ante o Comitê Técnico Científico (com avaliação e modelo atual do médico responsável desta Dirección), que se rege pela Resolução 462 de 11 de junho de 2010 que em seu artigo 2º define as suas funções, mas a usuária não tramitou ditas solicitações”. CONSIDERAÇÕES: 1. Este Tribunal já decidiu reiteradamente, que o direito à “atenção da saúde” - art. 49 C.N. assume o caráter de fundamental, quando está relacionado com a proteção da vida, de modo que nos casos em que o serviço é indispensável para salvaguardar aquela, as instituições estão obrigadas a fornecê-lo. 2. A partir da revisão das provas anexadas ao processo, chama atenção que um cirurgião maxilofacial da Clínica Chicamocha, “SECCIONAL DE SANIDAD SANTANDER”, sugeriu a autora “substituição [de] articulações direita e esquerda com prótese temporomandibular individualizada” e requereu um “TAC [do] maxilar inferior com reconstrução em 3D”. Quanto ao procedimento antecedente, o chefe da Seccional de Sanidad de Santander se pronunciou no sentido de indicar que como tal intervenção se encontra excluída do POS, deve a interessada “solicitar o formato de procedimento NO POS com o fim de ser tramitado pelo médico responsável e, posteriormente, anexar fórmulas e exames com documentos de identificação... a fim de aplicar ao Comitê Técnico Científico”, que é responsável por autorizar o “procedimento solicitado”, que até agora a demandante não realizou. 3. Se as coisas são como elas foram registradas linhas atrás, para a Corte é clara a improcedência da segurança invocada porque a ela não se pode acudir quando, como é o caso, não foram esgotados todos os trâmites ordinários previstos para a consecução da proteção que se requer. Agora, reafirma o fracasso do amparo na ausência do requisito de urgência que, aliás, exclui a presença de dano iminente com repercussão direta no direito a “atenção de saúde”. De fato, observe que a cirurgia que menciona a sra. Myriam Judith Oviedo Leiva requerer com urgência, foi sugerida pelo médico da Clínica Chicamocha em 16 de maio de 2011, e a ação constitucional foi impetrada em 11 janeiro de 2012. Não há de perder de

vista a autora que, embora as disposições relativas à proteção não determinem um prazo para sua formulação, não é menos que conforme com os princípios orientadores do mecanismo relativos à urgência, celeridade e eficácia, sendo coerente que atue tão pronto exista a ocorrência de fato gerador da alegada violação - art. 3 Decreto, 2591/91. 4. Por estas razões, a decisão de primeiro grau será revogada para em seu lugar, denegar a proteção solicitada. DECISÃO. Em face do exposto, a Corte Suprema de Justiça, na Câmara de Cassação Civil, administrando a justiça em nome da República e pela autoridade da lei, RESOLVE: PRIMEIRO: REVOGAR a sentença de data e lugar de procedência anotada para em seu lugar NEGAR a proteção constitucional impetrada pela Sra. MYRIAM JUDITH OVIEDO LEIVA. SEGUNDO: Notifique-se o assim decidido, mediante comunicação telegráfica, a todos aqueles interessados na sentença e remeta-se oportunamente o expediente à Corte Constitucional para sua eventual revisão. NOTIFIQUE-SE E CUMPRA-SE

### **ORIGINAL**

*Decídese la impugnación formulada frente a la sentencia dictada el 20 de enero de 2012, por la SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, dentro del proceso de tutela promovido por MYRIAM JUDITH OVIEDO LEIVA contra la CLÍNICA REGIONAL DEL ORIENTE DE LA POLICÍA NACIONAL DE BUCARAMANGA y la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL. ANTECEDENTES. 1. La promotora de la acción demanda la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas y justas, presuntamente conculcados por las autoridades mencionadas. 2. En apoyo de su pretensión constitucional, expone, en síntesis, que es beneficiaria del sistema de salud de la Policía Nacional, afiliada a la “EPS CLÍNICA REGIONAL DEL ORIENTE”. Agrega que en mayo de 2011 le prescribieron una intervención quirúrgica con el propósito de remplazarle los “articulares derecho e izquierdo con prótesis temporomandibular individualizada”, y que en octubre del mismo año le mandaron realizarse un “IDX Anquilosis ATM derecha e izquierda TAC maxilar inferior con reconstrucción en 3D por medio físico y Digital”. Acota que ha solicitado en varias ocasiones a la aludida Empresa Promotora de Salud y a la Dirección de Sanidad autorizar los anteriores procedimientos médicos, sin resultado positivo, pues le responden que no tienen “contrato”. Tras asegurar que su “salud se está deteriorando por la negligencia de los funcionarios” de la precitada Clínica, pide la gestora que por esta vía se le ordene a los tutelados emitir la autorización conforme a sus requerimientos, así como disponer el tratamiento integral necesario para atender su patología. LA SENTENCIA IMPUGNADA. El Tribunal concedió el amparo peticionado por la señora Oviedo Leiva porque “el hecho de no autorizar y, obvio, no realizar los exámenes médicos y procedimientos prescritos por el médico tratante a OVIEDO LEIVA para aliviar sus dolores y recuperar, en lo posible, la funcionalidad de su mandíbula, la afecta de manera directa sus derechos fundamentales a la salud y una vida digna, como lo posibilitan hoy los avances médicos”. LA IMPUGNACIÓN.*

La Policía Nacional impugnó la decisión del juez constitucional de instancia, apuntalada que si bien el examen requerido “no está contemplado en el acuerdo 002 del Plan de beneficios de Salud de la Policía Nacional, mediante oficio enviado el 19 de enero de 2012, se le informó al usuario que para acceder a este examen médico se debe enviar una solicitud de procedimiento NO POS justificada por el especialista tratante, para aprobación ante comité Técnico Científico (con valoración y fórmula actual de médico tratante de esta Dirección), que se rige por la Resolución 462 del 11 de Junio de 2010 y en su artículo 2 establece sus funciones, pero la usuaria no tramitó dichas solicitudes”. **CONSIDERACIONES.** 1. Ha sostenido esta Sala de manera reiterada, que el derecho a “La atención de salud” –art. 49 C.N.- adquiere el carácter de fundamental, cuando está relacionado con la protección a la vida, de suerte que en aquellos casos en que ese servicio se hace indispensable para salvaguardar aquella, las instituciones están en la obligación de prestarlo. 2. De la revisión del material probatorio adosado a este expediente, se advierte que un cirujano maxilofacial de la Clínica Chicamocha, “SECCIONAL DE SANIDAD SANTANDER”, le sugirió a la actora el “reemplazo [de] articulares derecho e izquierdo con prótesis temporomandibular individualizada” y le ordenó un “TAC [del] maxilar inferior con reconstrucción en 3D”. En cuanto al procedimiento descrito en antelación, el Jefe Seccional de Sanidad de Santander se pronunció en el sentido de indicar que como tal intervención se encuentra excluida del POS, debe la interesada “solicitar el formato de procedimiento NO POS con el fin de ser diligenciado por el médico tratante, y posteriormente anexar formulas y examen con documentos de identificación... para así aplicar al Comité Técnico Científico”, quien es el encargado de autorizar el “procedimiento solicitado”, lo que hasta ahora la accionante no ha realizado. 3. Si las cosas son como quedaron anotadas líneas atrás, para la Corte es clara la improcedencia del resguardo invocado porque a él no se puede acudir cuando, como en el caso, no se ha agotado el trámite ordinario previsto para la consecución de lo que por tutela se ambiciona. Ahora, reafirma el fracaso del amparo la ausencia del requisito de inmediatez evento que, de paso, descarta la presencia de un perjuicio inminente con repercusión directa en el derecho a “La atención de salud”. En efecto, nótese que la cirujía que menciona la señora Myriam Judith Oviedo Leiva requerir con urgencia, la sugirió el galeno de la Clínica Chicamocha el 16 de mayo de 2011, y la acción constitucional se impetró el 11 de enero de 2012. No ha de perder de vista la actora que si bien es cierto las disposiciones que rigen la tutela no fijan un lapso determinado para su formulación, no lo es menos que acorde con los principios orientadores del mecanismo relativos a la urgencia, celeridad y eficacia, lo consecuente es que se actúe tan pronto tiene ocurrencia el hecho generador de la supuesta vulneración -art. 3º, Decreto 2591/91-. 4. Por lo expuesto, se revocará el fallo de primer grado para en su lugar, denegar el resguardo solicitado. **DECISIÓN.** En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada para en su lugar, **NEGAR** la tutela constitucional impetrada

*por la señora MYRIAM JUDITH OVIEDO LEIVA. SEGUNDO: Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos aquellos interesados en el fallo y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE*

**COLÔMBIA**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA**  
**CÂMARA DE CASSAÇÃO CIVIL**  
**EXPEDIENTE: 11001-22-03-000-2009-00267-01**  
**RELATOR: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**  
**JULGAMENTO: 16.04.2012**

**MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISIONAL.** Se decide o recurso interposto por Álvaro Nelson González Bautista, contra a sentença de 3 de março de 2009, proferida pela Câmara Civil do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Bogotá D.C., que negou a ação de tutela promovida pelo recorrente contra o Ministério da Proteção Social. ANTECEDENTES. 1. O promotor de amparo solicitou a proteção dos direitos fundamentais à igualdade e ao trabalho, os quais considerou violados pela entidade pública acionada, por negar-lhe o registro do título de homeopata. Em 21 de abril de 1996, obteve o título em homeopatia outorgado pelo Instituto Homeopático de Colombia, primeira instituição de ensino homeopático do país, com personalidade jurídica vigente, outorgada mediante Resolução Executiva de 24 de julho de 1914. Em 1996, o Chefe do Gabinete Jurídico do Ministério da Educação Nacional, argumentou que o Instituto estava autorizado a conceder títulos em medicina homeopática, em conformidade com a Lei 35 de 1929 e o Decreto 2069 de 1930, ao passo que, ao Ministério Saúde Pública, correspondia a inscrição do título obtido, mediante a Resolução nº 3.506 de 27 de outubro de 1995, tanto que dita entidade fez registros dessa ordem. Afirmou que serve a comunidade há mais de dez anos no estabelecimento chamado Takion Homeopatía, devidamente registrado, tal e como consta no certificado da Câmara de Comércio; também serve na qualidade de auxiliar da justiça para a Seccional de Administración Judicial Bogotá, na especialidade de homeopata, conforme licença vigente que é válida até 6 de março de 2012. No entanto, desde 1996 tem procurado registrar seu título profissional perante o Ministério da Saúde, hoje de Proteção Social, sem sucesso, inclusive em 16 de janeiro de 2009, levou novo pedido nesse sentido, e dita entidade respondeu mediante ofício nº 18322 emitido pelo Diretor-Geral de Análise e Política de Recursos Humanos, que precisou que a homeopatia não é considerada uma profissão da área da saúde, de acordo com a previsão na Lei 1164 de 2007, artigo 19; se trata de uma medicina alternativa que para o seu exercício deveria ser certificada por uma universidade e obter previamente o título em medicina. Argumentou que não jurisprudência alguma que declare a inconstitucionalidade das disposições que sustentam a legalidade do Instituto Homeopático de Colombia e o exercício da medicina homeopática não contraria aos bons costumes nem implica em risco para a sociedade. Buscando a proteção dos



direitos que estima lesionados, solicitou que, em sede constitucional, se ordene ao Ministério da Proteção Social, que realize o registro e habilitação do título homeopático do autor. 2. O Ministério da Proteção Social solicitou a improcedência para conceder o registro do título em homeopatia, pois isso requer ter um título profissional em medicina emitido por uma Instituição educacional reconhecida pelo Estado que funcione ou tenha funcionado legalmente no país. A SENTENÇA IMPUGNADA. A Câmara Civil do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Bogotá, negou a reclamação constitucional, depois de considerar que o autor conta com outros meios de proteção judicial para a proteção dos direitos cuja lesão invoca, consistente na “possibilidade de ir ante a administração departamental ou distrital e solicitar o registro e habilitação do título profissional que disse “lhe foi outorgado pelo Instituto Homeopático de Colombia”, cuja eventual decisão negativa ademais poderá ser discutida por meio da formulação dos recursos ordinários correspondentes e até mesmo pela instauração ou bem de ação de anulação ou de nulidade e o restabelecimento do direito”, pois vedado está ao juiz de tutela invadir competências próprias do juiz de instancia. A IMPUGNAÇÃO. O autor impugnou a sentença de tutela da primeira instância, para tanto alegou os argumentos apresentados na demanda constitucional. CONSIDERAÇÕES: A sentença impugnada receberá a confirmação, considerando que o amparo requerido é improcedente por tratar-se configurado o nexo causal previsto no artigo 6º n. 1, entretanto o debate que se pretende suscitar em sede constitucional deve ser exposto exclusivamente perante a autoridade administrativa departamental ou distrital competente, ademais, ante uma resposta adversa aos interesses do autor, poderá esgotar os recursos na. administrativa e inclusive posteriormente, perante a jurisdição administrativa contenciosa. A regulamentação das profissões e ofícios é assunto que corresponde ao legislador à luz do artigo 26 da Carta Política. Portanto, se o ordenamento jurídico limita ou coloca condições ao exercício de uma atividade, e a autoridade administrativa assim executa, não há abuso ou excesso, tampouco a necessidade de não aplicar as regras por inconstitucionalidade, porque a sua conformidade com o ordenamento, é assunto que diz respeito ao juiz administrativo contencioso. Por outro lado, a censura constitucional se dirige contra normas de ordem geral e abstratas que regulam a outorga e posterior registro do título em medicina alternativa, aspectos que vão além da competência do juiz constitucional, assim também por esta razão, é improcedente a proteção requerida, segundo as vozes do artigo 6º n. 5º do Decreto 2591 de 1991. DECISÃO. Em face do exposto, a Corte Suprema de Justiça, na Câmara de Cassação Civil, administrando a justiça em nome da República e pela autoridade da lei, CONFIRMA a sentença de data e procedencia previamente anotadas. Notifique-se na forma mais célere, e quando oportuno, remeta-se à Corte Constitucional.

### **ORIGINAL**

*Se decide la impugnación presentada por Álvaro Nelson González Bautista, contra la sentencia de 3 de marzo de 2009, proferida por la Sala Civil del*

*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., que negó la acción de tutela promovida por el impugnante contra el Ministerio de la Protección Social. ANTECEDENTES. 1. El promotor del amparo constitucional solicitó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, los cuales estimó conculcados por la entidad pública accionada, por negarle el registro del título de homeópata. El 21 de abril de 1996, obtuvo el título en homeopatía otorgado por el Instituto Homeopático de Colombia, primer centro docente homeopático del país, con personería jurídica vigente, otorgada mediante Resolución Ejecutiva de 24 de julio de 1914. En el año 1996, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, adujo que dicho Instituto estaba autorizado para otorgar títulos en medicina homeopática de conformidad con la Ley 35 de 1929 y el Decreto 2069 de 1930; al paso que, al Ministerio de Salud Pública, correspondía la inscripción del título obtenido, tanto así que mediante la Resolución No. 3506 de 27 de octubre de 1995, dicha entidad hizo registros de ese orden. Afirmó que lleva más de diez años sirviendo a la comunidad, a través del establecimiento denominado Takion Homeopatía, debidamente registrado, tal y como consta en el certificado de Cámara de Comercio; además, se desempeña en calidad de auxiliar de la justicia para la Seccional de Administración Judicial Bogotá, en la especialidad de homeópata, según licencia que se encuentra vigente hasta el 6 de marzo de 2012. No obstante, desde el año 1996 ha tratado de registrar su título profesional ante el Ministerio de Salud, hoy de Protección Social, con resultados infructuosos, incluso, el 16 de enero de 2009, elevó nueva solicitud en ese sentido, y dicha entidad, respondió mediante oficio No. 18322 emanado del Director General de Análisis y Política de Recursos Humanos, en la que precisó que la homeopatía no se consideraba una profesión del área de la salud, de acuerdo a lo contemplado en la Ley 1164 de 2007, artículo 19; se trata de una medicina alternativa que para su ejercicio debía ser acreditada por una universidad y obtener previamente el título en medicina. Argumentó que no existe jurisprudencia alguna que declare la inconstitucionalidad de las normas que soportan la legalidad del Instituto Homeopático de Colombia y el ejercicio de la medicina homeopática no contraría las buenas costumbres ni implica un riesgo para la sociedad. En procura de la protección de los derechos que estima lesionados, solicitó que en sede constitucional se ordene al Ministerio de la Protección Social, que realice el registro y habilitación del título de homeópata del accionante. 2. El Ministerio de la Protección Social recabó en la improcedencia de conceder la inscripción del título en homeopatía, pues para ello se requiere tener título profesional en medicina, expedido por una Institución educativa reconocida por el Estado que funcione o hubiere funcionado legalmente en el país. LA SENTENCIA IMPUGNADA. La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, negó la queja constitucional, tras considerar que el actor cuenta con otros medios de protección judicial para la tutela de los derechos cuya lesión invoca, consistente en “la posibilidad de acudir ante la administración departamental o distrital y solicitar el registro y habilitación del título profesional que dijo “le fue otorgado por parte del Instituto Homeopático*

de Colombia”, cuya eventual decisión negativa además podrá controvertir por medio de la formulación de los correspondientes recursos ordinarios e incluso mediante la instauración o bien de la acción de simple nulidad ora la de nulidad y restablecimiento del derecho”, pues está vedado al juez de tutela invadir competencias propias del juez de instancia. LA IMPUGNACIÓN. El accionante impugnó el fallo de tutela de primera instancia, para ello recabó los argumentos esgrimidos en la demanda constitucional. CONSIDERACIONES. La sentencia impugnada recibirá confirmación, habida consideración que el amparo deprecado deviene improcedente por hallarse configurada la causal prevista en el artículos 6º numeral 1º, en tanto el debate que pretende suscitarse en sede constitucional, debe plantearse exclusivamente ante la autoridad administrativa departamental o distrital competente, además, ante una respuesta adversa a los intereses del accionante, podrá agotar los recursos en la vía administrativa e incluso acudir posteriormente, ante la jurisdicción contencioso administrativa. La regulación de las profesiones y oficios, es asunto que corresponde al legislador a la luz del artículo 26 de la Carta Política. Por ello, si el ordenamiento jurídico limita o pone condiciones al ejercicio de una actividad, y la autoridad administrativa así lo ejecuta, no hay abuso o desmesura, tampoco la necesidad de inaplicar las reglas por inconstitucionalidad, pues la conformidad de éstas con el ordenamiento, es asunto que concierne al juez contencioso administrativo. Por otra parte, la censura constitucional se dirige contra normas de orden general y abstracto que regulan el otorgamiento y posterior registro del título en medicina alternativa, aspectos que desbordan la competencia del juez constitucional, luego también por esta causa, es improcedente el amparo impetrado, según las voces del artículo 6º numeral 5º del Decreto 2591 de 1991. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de fecha y procedencia preanotadas. Notifíquese en la forma más expedita, y en oportunidad, remítase a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

**ARGENTINA****TRIBUNAL NACIONAL DE 1ª. INSTÂNCIA CIVIL E COMERCIAL FEDERAL N.6****JURISDIÇÃO: BUENOS AIRES****RELATOR: FRANCISCO DE ASÍS SOTO****JULGAMENTO: 25.04.2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. COBERTURA DE TRATAMENTO. INFERTILIDADE.** a) A fls. 38/40 se apresenta, por direito próprio, a Sra. M.B.L. iniciando ação de proteção contra OSPOSE INTEGRAL para que se ordene o fornecimento de tratamento de fertilização in vitro de alta complexidade. Funda seu direito na Lei 14.208 da Província de Buenos Aires e no Decreto 564. Detalha as intervenções cirúrgicas que foram realizadas e mostra que existe uma obstrução em ambas as trompas e trombofilia. Acrescenta que a única possibilidade de engravidar é com um tratamento de fertilização in vitro

de alta complexidade. Alega que a demandada se recusou a fornecer o tratamento de que necessita a autora. b) A fls. 57/71 a OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DEL ORGANISMO DE CONTROL EXTERNO (OSPOCE) apresenta seu relatório nos termos do artigo 8º da Lei 16.986, solicitando que seja negado o amparo com custas. Alega que a prestação solicitada pela autora não está incluída no PMO e, portanto, não é obrigatório. Detalha os riscos do tratamento e sustenta que o meio legal para alcançar o desejo de ser a mãe é a adoção. Entende que a lei 14.208 não é compatível com a normativa federal de aplicação ao sistema nacional de seguridade social. Considera que, por não ser uma lei nacional não pode modificar o PMO. Considera que não está obrigada a conceder à autora a prestação solicitada e mostra que os médicos e as instituições que levariam adiante o tratamento não se encontram em sua lista. Reserva do caso federal. c) A fls. 42/43 foi rejeitada a medida cautelar requerida. A fls. 258 a questão foi declarada como de puro direito e a fls. 264/267 determinou o Sr. Juiz, em condições de ditar a sentença e, CONSIDERANDO: 1. – a análise dos documentos mostra que a Sra. M.B.L. – de 39 anos de idade – é afiliada/membro da demandada. Além disso, fica claro que a requerente sofre de uma obstrução em ambas as trompas e trombofilia, que determina a fertilização e uso de heparina, como proposta terapêutica adequada para conseguir uma gravidez. 2. - Antes de iniciar a análise da questão de fundo, quero salientar que os avanços da medicina moderna envolvem realizações espetaculares, mas também colocam os operadores do direito face à situações inéditas que questionam as categorias jurídicas elaboradas pela dogmática e promovem sua revisão por meio de soluções atualizadas. Ao fundo dos problemas emergentes da casuística cotidiana, as disposições normativas não são suficientes. O ativismo judicial se coloca como gerador de respostas destinadas a garantir acesso aos direitos fundamentais. Neste desafio social, aparece uma tarefa clara, inerente aos juízes, que é, de um lado, garantir o controle das leis oriundas do Congresso e, de outro, lidar com os vários casos trazidos à sua jurisdição. Não é, senão em tal ordem de ideias que os juízes têm uma tarefa natural e inescusável no processo que não o afastam do compromisso de lidar com as questões sociais relevantes, e que tampouco o eximem do papel ativo que, inevitavelmente, funciona como norte orientador de nossa sociedade. Assim, é próprio da função judicial a busca por soluções justas e adequadas para a concessão dos direitos (ver CSJN: 263-453). 3. – é oportuno recordar que a reforma constitucional de 1994, o direito à saúde é expressamente reconhecido com status constitucional, nos termos do art. 75 inc. 22 da Carta Magna. De fato, o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que assegure, assim como à sua família, saúde e bem-estar e em especial a assistência médica e serviços sociais necessários. No mesmo sentido, o art. XI da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem estabelece que toda pessoa tem o direito à preservação de sua saúde por medidas sanitárias e sociais, relativas à alimentação, vestuário, habitação e assistência médica correspondente ao que

permitam os recursos públicos e os da comunidade. Por sua vez, o art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que entre as medidas que os Estados-partes deveriam adotar para garantir a plena realização do direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, deveriam incluir a prevenção e o tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, e a luta contra elas e a criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e os serviços médicos em caso de enfermidade. Na busca da consecução dos mesmos fins, o art. 75 inc. 23 da Constituição Nacional estabelece, sendo aqui relevante, entre as atribuições do Congresso, legislar e promover medidas de ação positiva que garantam a igualdade de oportunidades e de tratamento, e o pleno gozo e exercício dos direitos consagrados na Constituição e nos tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, em especial das crianças, das mulheres, dos idosos e das pessoas com deficiência. No nível local, a Constituição da Cidade de Buenos Aires garante o direito à saúde de forma integral (art. 20). 4 -. Não obstante as qualificações e enquadramento científicos que podem ser colocados em um procedimento ordinário, argumenta-se que a incapacidade de procriar é uma limitação que pode afetar de maneira real e efetiva a qualidade de vida e a saúde mental de um casal. Conforme jurisprudência qualificada “não está em dúvida que a infertilidade afeta de modo negativo a saúde mental das pessoas afetadas por ela” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala 1º, in re “R.M., M. c/Obra Social de Empleados Públicos”, del 28/8/2007, voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci). Certamente, a República Argentina está obrigada a dar efetividade aos direitos sociais e econômicos - entre os quais está o direito à saúde - nos termos do art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “1. Cada Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegura, progressivamente, por todos os meios apropriados, o, pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa.” Neste âmbito, a obrigação dos Estados resulta dos tratados internacionais – entretanto, claro está, não esteja em risco a vida das pessoas - é de dar efetividade aos direitos econômicos e sociais com progressividade e sem retrocessos. O que é único sobre este assunto é que nem a lei 23.660 (sistema de obras sociais), nem a lei 23.661 (seguro saúde), nem decretos regulamentares, nem a lei 25.673 (programa nacional de saúde sexual e procriação responsável), nem tampouco o PMO (Resolução 210/02 do Ministério da Saúde, em virtude do disposto na Resolução 1991 a 1905 do mesmo Ministério) – que foram citados, neste caso – chegam a impor aos agentes do seguro de saúde a obrigação de prestações assistenciais relacionadas com a reprodução assistida Também é pertinente destacar que do art. 12 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher não se deduz diretamente a obrigação de cobrir os tratamentos

de fertilização assistida, uma vez que se refere à necessidade de garantir, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços de atenção médica, inclusive os de planejamento familiar (inc. 1) e aqueles relacionados à gravidez, parto e pós-parto (inc. 2). 5 -. Deve-se notar que a lei da Província de Buenos Aires, a Lei 14.208 - promulgada pelo Decreto 2738/10 (D.O. 26.507) -, que expressamente estabelece que “a presente lei tem por objeto reconhecer a infertilidade humana como doença, de acordo com os critérios adotados pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Deste modo, se reconhece a cobertura integral das práticas médicas por meio de técnicas de fertilização homóloga reconhecidos por esta Organização, conforme declarado na presente e sua regulamentação” (art. 1º). Para determinar se no caso, os requisitos exigidos foram cumpridos conforme a norma (artigos 4 e 6) para alcançar a cobertura, objeto dos autos, deve-se ter em conta que não é questionado pela autora que reside na Província de Buenos Aires por muitos anos, nem a conduta da demandada no âmbito da Província de Buenos Aires. Em tais circunstâncias, a demandada não pode escapar à aplicação da lei 14.208, cuja constitucionalidade não foi discutida, com somente a invocação de seu caráter “nacional” (CNCCFed, Sala 1 en las causas nº 9.437/08 del 24/05 /11 y 8.617/08 del 31/05/11 y Sala 2 en la causa nº 11.482/09 del 24/08/11). O artigo 6 da Lei 14.208 recentemente foi regulamentado pelo Decreto 564/11, publicado no D.O. de 08/06/11 - que altera o anexo único do decreto 2980/10 - publicado no D.O. 26.507 de 3 e 4 de janeiro de 2011 - e dispõe que “As obras sociais e instituições de planos de saúde com atuação no âmbito da Província de Buenos Aires irão fornecer cobertura a seus membros dos benefícios previstos no artigo 1 da Lei 14.208 com o alcance definido no artigo 5 da presente regulamentação”, que por sua vez, refere-se ao artigo 4, que determina os requisitos para o acesso a esses benefícios (ver anexo único do decreto 2980/10). Ali se estabelece que as mulheres que podem realizar os tratamentos de fertilização assistidasão aquelas com idade entre 30 e 40 anos, condição que se verifica no caso em tela. Também é apropriado considerar as limitações estabelecidas no primeiro parágrafo do artigo 4 do anexo único decreto 2980/10, cuja constitucionalidade não foi debatida pela autora posto que dispõe – no que é pertinente - que “se oferece a possibilidade de um tratamento alta complexidade por ano, até um máximo de dois”. Consequentemente, com este alcance corresponde adequar esta ação. Pelo exposto, DECIDO: Em relação à demanda proposta pela Sra. M.B.L. contra OSPOCE condenando-a a fornecer a 100% da cobertura médica da prestação de fertilização in vitro de alta complexidade, cuja cobertura deverá estender-se ao longo de todo o tratamento (serviço médico, taxas e medicamentos), com a limitação no primeiro parágrafo do artigo anexo 4 do anexo único do decreto 2980/10. As custas correrão por conta da demandada (artigo 68 do Código de Processo). Considerando o mérito, eficácia e extensão dos trabalhos realizados, bem como a natureza das diligências, na soma de cinco mil pesos (\$ 5.000) (artigos 6,7 e 36 da Lei 21.839 alterada pela Lei 24.432). Registre-se, notifique-se e, oportunamente, adicione-se a documentação reservada e junto o incidente de medida e ARQUIVE-SE.

**ORIGINAL**

*AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "L., M.B. c/OSPOSE INTEGRAL s/ AMPARO" (Expte. n° 5.294/2011 ) que tramitara ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 6 Secretaría n° 12 y ha venido a efectos de dictar se ntencia a este Juzgado a mi cargo, y de cuyo estudio, RESULTA: a) A fs. 38/40 se presenta, por derecho propio, la señora M.B.L. iniciando acción de amparo contra OSPOSE INTEGRAL a efectos de que se le ordene otorgar la cobertura del tratamiento de fertilización in vitro de alta complejidad. Funda su derecho en la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires y decreto 564. Detalla las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron y manifiesta que padece una obstrucción en ambas trompas y trombofilia. Agrega que la única posibilidad que quedar embarazada es con un tratamiento de fecundación in Vitro de alta complejidad. Afirma que la demandada se ha negado a otorgar la cobertura que le corresponde. b) A fs. 57/71 se presenta, mediante apoderado, la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DEL ORGANISMO DE CONTROL EXTERNO (OSPOCE) y presenta el informe previsto en artículo 8 de la ley 16.986, solicitando que se rechace el amparo con costas. Dice que la prestación solicitada por la actora no se encuentra incluida en el PMO y que, por ello, no resultan obligatorios. Detalla los riesgos del tratamiento y sostiene que la vía legal para lograr el deseo de ser madre de la actora es la adopción. Entiende que la ley 14.208 no es compatible con la normativa federal de aplicación al sistema nacional de seguridad social. Considera que, por no se una ley nacional no puede modificar el PMO. Considera que no se encuentra obligada a brindar a la actora la prestación solicitada y pone de relieve que los médicos y centros que llevarían adelante el tratamiento no se encuentran en su cartilla. Hace reserva del caso federal. c) A fs. 42/43 se rechazó la medida cautelar solicitada. A fs. 258 se declaró la cuestión como de puro derecho y a fs. 264/267 dictaminó el Sr. Fiscal, quedando las actuaciones en condiciones de dictar sentencia y, CONSIDERANDO: 1.- De las constancias de la causa surge que la señora M.B. L.- de 39 años de edad- se encuentra afiliada a la demandada (Ver copia del carnet de fs. 36 y documento de fs. 7). Además, se encuentra acreditado que la actora padece una obstrucción en ambas trompas y trombofilia, que determina que la fertilización y utilización de heparina, sea la propuesta terapêutica adecuada para que puedan lograr un embarazo (Ver copias de la historia clínica de fs. 14/35). 2.- Antes de comenzar el análisis de la cuestión de fondo me interesa señalar que los progresos de la medicina moderna conllevan logros espectaculares, pero enfrentan también a los operadores del derecho con situaciones inéditas que cuestionan las categorías jurídicas elaboradas por la dogmática y promueven su revisión mediante soluciones actualizadas. A la zaga de los problemas emergentes de la casuística cotidiana, las disposiciones normativas no resultan suficientes. El activismo judicial se alza entonces como generador de respuestas tendientes a garantizar el acceso a los derechos fundamentales. En ese desafío social, aparece una clara tarea inherente a los jueces, cual es por un lado la de asegurar el control de las leyes*

que dicta el Congreso y por otro lidiar con los diversos supuestos traídos a su jurisdicción. No es sino en tal orden de ideas que los jueces tienen una natural e ineludible labor en el proceso que no lo despegan del consecuente compromiso frente a las cuestiones sociales relevantes, y que tampoco lo eximen del papel activo que indefectiblemente opera como norte orientador de nuestra sociedad. Así, es propio de la función judicial la búsqueda de soluciones justas y adecuadas para la adjudicación de los derechos (véase CSJN Fallos: 263-453).

3.- Es oportuno recordar que la reforma constitucional de 1994 el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. En efecto, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. En el mismo sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. A su vez, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los Estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. En procura de la consecución de los mismos fines, el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, establece -en cuanto aquí resulta pertinente- entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. En el orden local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza el derecho a la salud integral (art. 20).

4.- Sin perjuicio de calificaciones y encuadramientos científicos que puedan aportarse en un procedimiento ordinario, puede sostenerse que la imposibilidad de procrear es una limitación que puede afectar de manera real y efectiva la calidad de vida y la salud psíquica de una pareja. Jurisprudencia calificada ha sostenido que “tampoco está en duda que la infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que la padecen” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala 1º, in re “R.M., M. c/ Obra Social de Empleados Públicos”, del 28/8/2007, voto de la Dra. Aída Kermelmajer de Carlucci). Ciertamente, la República Argentina está obligada a dar efectividad a los derechos sociales y económicos -entre los que se encuentra el derecho a la salud- en los términos del art. 2º del Pacto Internacional de



*Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En este ámbito, la obligación de los Estados que resulta de los tratados internacionales -en tanto, claro está, no esté en riesgo la vida de las personas- es de dar efectividad a los derechos económicos y sociales con progresividad y sin retrocesos. Lo particular de esta materia es que ni la ley 23.660 (sistema de obras sociales), ni la ley 23.661 (seguro de salud), ni los decretos reglamentarios, ni la ley 25.673 (programa nacional de salud sexual y procreación responsable), así como tampoco el PMO (Resolución 210/02 del Ministerio de Salud, en virtud de lo dispuesto en la Resolución 1991/05 del mismo Ministerio) - que han sido citados en este expediente- llegan a imponer a los agentes del seguro de salud la obligación de prestaciones asistenciales referidas a la reproducción asistida. También es pertinente destacar que del art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer no se desprende directamente la obligación de cobertura de tratamientos de fertilización asistida, toda vez que se refiere a la necesidad de asegurar em condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica, inclusive a los de planificación familiar (inc. 1) y los relacionados con el embarazo, el parto y el período posterior (inc. 2). 5.- Corresponde señalar que la ley que la Provincia de Buenos Aires dictó la ley 14.208 -promulgada por el decreto 2738/10 (B.O. 26.507)-, en la que expresamente se establece que “la presente ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo, se reconoce la cobertura integral de las prácticas médicas a través de técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha Organización, conforme lo normado en la presente y su reglamentación” (art. 1º). A fin de determinar si se cumplen en la especie los requisitos exigidos en dicha norma (artículos 4 y 6) para acceder a la cobertura objeto de autos, cabe tener en cuenta que que no está cuestionado que la actora reside en la Provincia de Buenos Aires desde hace muchos años (cfr. documento de fs. 7 y constancias de fs. 5/6) ni la actuación de la demandada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. En tales condiciones, la demandada no puede sustraerse a la aplicación de la ley 14.208, cuya constitucionalidad no ha sido discutida, con la sola invocación de su carácter “nacional” (CNCCFed, Sala 1 en las causas n° 9.437/08 del 24/05 /11 y 8.617/08 del 31/05/11 y Sala 2 en la causa n° 11.482/09 del 24/08/11). El artículo 6 de la ley 14.208 ha sido recientemente reglamentado por el decreto 564/11 -publicado en el B.O. del 08/06/11- que modifica el anexo único del decreto 2980/10 -publicado en el B.O. 26.507 del 3 y 4 de enero de 2011- y dispone que “Las obras sociales y entidades de medicina prepaga con actuación en el ámbito de la*

*Provincia de Buenos Aires brindarán a sus afiliados la cobertura de las prestaciones previstas en el artículo 1 de la ley 14.208 con el alcance establecido en el artículo 5 de la presente reglamentación”, que a su vez remite al artículo 4, que determina los requisitos para acceder a dichas prestaciones (cfr. Anexo único del decreto 2980/10). Allí se establece que accederán a los tratamientos de fertilización asistida aquellas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los treinta y los cuarenta años, requisito que se verifica en la especie (cfr. copia del DNI a fs. 7). También corresponde considerar las limitaciones establecidas en el primer párrafo del artículo 4 del Anexo único del decreto 2980/10, cuya constitucionalidad no ha sido debatida por la actora puesto que allí se dispone -en lo pertinente- que “se brindara la posibilidad de un tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos”. Consecuentemente, con este alcance corresponde hacer lugar a la presente acción. Por lo expuesto, RESUELVO: Haciendo lugar a la demanda interpuesta por la señora M.B.L. contra OSPOCE condenándola a otorgar la cobertura médica al 100 % de la prestación de fertilización in vitro de alta complejidad, cuya cobertura deberá extenderse a todo el tratamiento completo (prestación médica, honorarios y medicamentos), con la limitación establecida en el primer párrafo del artículo 4 del Anexo único del decreto 2980/10. Las costas se imponen a la accionada vencida (Artículo 68 del Código Procesal). Teniendo en cuenta el mérito, eficacia y extensión de los trabajos realizados, así como la naturaleza de estas actuaciones, regulo el honorario de la dirección letrada de la actora Dr. M.C.P. en la suma de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) (arts. 6,7 y 36 de la ley 21.839 modificada por la ley 24.432). Regístrese, notifíquese y, oportunamente, agréguese la documentación reservada y por cuerda el incidente de medida cautelar y ARCHIVESE.*

**ARGENTINA****TRIBUNAL: CÂMARA FEDERAL DE APELAÇÃO DE ROSARIO****EXPEDIENTE Nº: 7.323-C****JURISDIÇÃO: SANTA FE****JULGAMENTO: 03.05.2012**

**DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. COBERTURA DE TRATAMENTO. INFERTILIDADE.** “Colazo, Verónica M. e O. c / Swiss Medical SA s / Rec De Amparo” (n.º 87009 do Tribunal Federal n. 1 desta cidade), do que resulta que: a Dra. Liliana Arribillaga disse: 1. – Os autos vem a conhecimento em virtude do recurso de apelação interposto pela autora (fls. 177 e 181/185) contra a sentença n.º 26 datada de 14 abril de 2011, que negou provimento à ação de amparo interposta pelos Srs. Verónica Marcela Colazo e Cristian Gabriel Flores contra Swiss Medical S.A. 2 -. Considera a apelante que a sentença é contraditória, porque no caso, se estabeleceu que a infertilidade provem de uma doença, do ponto de vista clínico ginecológico diagnosticada como “Tiroiditis de Hashimoto y Endometriosis Pelviana Severa”, que além de acarretar complicações de saúde, acarretou a incapacidade de ser estéril e apesar disso conclui

com a negação da ação. A ação se limita apenas a elucidar se a Swiss Medical se encontra ou não obrigada a prestar a cobertura requerida. O juiz considera que a conduta da demandada – de negar a cobertura – não é arbitrária, ilegítima ou ilegal, porque sua conduta se encontra amparada na lista de prestações e na normativa vigente. Neste sentido afirma que seus clientes estão sujeitos a aderir a este regime, porque não têm possibilidade de negociação com a empresa. Como resultado, colocou o valor das prestações previstas no contrato da Obra Social acima de toda a gama constitucional de direitos que protegem o direito à saúde. Esta abordagem, puramente economicista desconhece redondamente a função social que estas empresas devem cumprir. Afirma, que assim tem decidido a jurisprudência. Enfatiza o fato de que as empresas prestam serviços de saúde. Que as empresas tem listas de procedimentos assim como o P.M.O. é a base a que estão obrigadas as empresas de planos de saúde, sem que esta circunstância constitua um obstáculo para cobertura de doenças evidentemente conhecidas, como o do caso em tela, envolvendo por óbvio o direito à saúde. Cita o que foi dito neste sentido na Sala “B” de esta Cámara en el fallo “Alegría, Andrea G. c/ OMINT S.A.” del 14/03/2011. É digno de nota que o tribunal inferior diga que não considerou a inconstitucionalidade das normas que regem o funcionamento das Empresas de Medicina Prepaga, quando nos autos aludidos, negada foi a inconstitucionalidade do PMO. As considerações feitas pelo magistrado referindo-se à esfera íntima dos autores para expressar que a situação em que se encontram admite dilação. Reclama que não está em risco a vida, ao esclarecer que não estão incluídas estas técnicas no PMO, que portanto não deve ser integrada por vontade judicial. Contra este argumento, assevera que o juiz deve apreciar e decidir todas as questões, , mesmo na ausência de regulamentação específica, porque o Poder Judiciário é obrigado a fazê-lo na medida em que lhe cabe, ditar a sentença para o caso. Aduz que o direito posto deve concretizar-se, independentemente do fator de risco de vida. Acrescenta que não se irá vulnerar o sistema porque a Swiss Medical deverá prestar o serviço aos demandantes, e se tal tenha sido o critério poderia ter sugerido em sua decisão conceder uma série de tratamentos e assim não atacar completamente toda a gama de direitos constitucionais invocados pelo mesmo sentenciante. Finalmente, solicita que não acarrete custas em sua parte, pois existiram motivos suficientes para o litígio e jurisprudência conflitante sobre o assunto. CONSIDERANDO: 1. - A missão judicial não se limita na remissão à letra da lei, mas, de acordo com as particularidades da causa, deve velar pela vigência real e efetiva dos princípios constitucionais. Assim, se impõe ponderar as circunstâncias a fim de evitar a aplicação mecânica da regra levando a violar os direitos fundamentais das pessoas. É importante notar que o direito à saúde constitui um direito personalíssimo de saúde física, mental e social, de modo que as pessoas devem ter acesso à assistência e os serviços médicos apropriados. O Estado deve garantir esse direito e para implementá-lo coexistem vários sistemas: o assistencial – hospital público -, as obras sociais, os planos de saúde e o seguro de saúde. Cabe recordar que as regras sobre as quais se

assentam seu funcionamento diferem substancialmente. Também deve ocupar-se da efetividade deste direito com ações positivas “sem prejuízo das obrigações a serem assumidas para cumprimento nas jurisdições locais, obras sociais ou as entidades da chamada medicina pré paga (Decisões 323:3229). O Sistema Nacional Integrado de Saúde foi criado “a fim de assegurar o pleno gozo do direito à saúde para todos no país” (art. 1, Lei 23.661). Seu objetivo é “fornecer serviços de saúde que visem a promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde para responder ao mais alto nível de qualidade disponível, e que garantam aos destinatários obter o mesmo nível de prestação eliminando todas as formas de discriminação com base em um critério de justiça distributiva” (art. 2 Lei 23.661). 2 - . As normas jurídicas que organizam o sistema público de saúde inspirados nos princípios da justiça distributiva. O sistema nacional de saúde organizado pelas leis 23.660 e 23.661 é um sistema de distribuição que é financiado por contribuições dos empregados e contribuições por parte dos empregadores. Assim, ambos os atores sociais contribuindo para o fundo comum, que constitui o capital que a chamada “obra social” deve administrar, prestando serviços para os chamados “beneficiários”, sendo entes de direito público não estatal, de auto-gestão administrativa, sem a intervenção do Estado, ainda que sob seu controle e fiscalização. Entretanto no setor privado as normas contratuais, que são as bases do sistema, regulam a relação fornecedor-aderente, inspirados nos princípios da justiça comutativa e da relação de troca e equivalência das prestações. Poderíamos afirmar que são as regras que regem cada setor. Quanto aos planos de saúde, a Corte tem decidido que “... embora a atividade que assumem as empresas de medicina pré-pagas tenham esta índole (arts. 7º e 8º, inc. 5º, do Código Comercial), entretanto elas tendem a proteger as garantias constitucionais à vida, à saúde, segurança e integridade das pessoas (v. arts. 3º, “Declaração Universal dos Direitos Humanos”; 4º e 5º “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” e 42 e 75, inc. 22 da Lei Fundamental), também adquirem um compromisso social com os seus usuários que obsta, que, sem mais, possam desconhecer um contrato, contrariando assim seu próprio objeto, que deve garantir efetivamente aos beneficiários as coberturas tanto pactuadas como legalmente estabelecidas (art. 1º, Lei 24.754) (Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios” del 13/03/2001-Fallos:324:677). Este sistema tem uma característica particular: o contrato de serviço médico é a figura que dá forma ao vínculo jurídico que existe entre a empresa organizadora e o aderente do sistema. Tem sido definida como o contrato “pelo qual uma pessoa (ou empresa) promete para a outro, chamado de sócio ou beneficiário, uma determinada forma de assistência médica e em troca recebe pagamentos periódicos em dinheiro (Ghersí, Carlos, Weingarten, Celia e Hipólito, Silvia C., “Contrato de medicina prepaga”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 150). As características do aludido contrato cobram especial importância no momento de determinar o conteúdo e a extensão das obrigações assumidas pelas partes, especialmente aquelas que correspondem ao provedor

de serviços médicos assistenciais. A prestação requerida não está prevista no Reglamento General de Contrataciones de Swiss Medical S.A. Além disso, no âmbito das disposições estabelecidas no referido regulamento a prestação está excluída de forma expressa. Fica assim claro que o contrato expressamente exclui a cobertura desta prestação, e foi assinado por Verónica Colazo, que declarou sofrer das enfermidades, enquanto o Sr. Flores, responsável pela obra social Capataces Estibadores Portuarios, aprovou o pedido dirigido ao grupo Swiss Medical. Todos esses atos foram realizados de forma livre e voluntária. Na verdade, a regra geral é que nos contratos não pode ser presumir uma obrigação que não surja claramente da vontade das partes, o que não é notado no caso. Esta regra aplica-se a todo contrato que tem proteção constitucional e, em consecuencia, toda limitação que se imponha é de interpretação restritiva. Essa tutela inclui diferentes direitos e liberdades consagrados na Constituição Nacional: a liberdade de contratar, é um aspecto da autonomia pessoal a que todo cidadão tem direito (art. 19), a de definir o conteúdo do contrato, que é um direito de exercer uma escolha lícita (art. 14) e da liberdade econômica nas relações de concorrência (artigo 43). A liberdade de contratar, competir e de adequar o conteúdo de um contrato constitui uma posição jurídica que tem por fim proteger as garantias constitucionais a que se alude. Todo direito que tenha um valor reconhecido como tal pela lei, seja resultante de relações privadas seja aquele que se origine de atos administrativos, integra o conceito constitucional de propriedade, desde que o titular disponha de uma ação contra qualquer um que tente interromper o gozo do mesmo. No caso, há também um outro centro de interesse a ser protegido: o dos demais participantes do sistema de medicina pré-paga, que seriam afetados se a empresa tivesse que pagar por prestações não acordadas. A imposição de tais obrigações afetaria o equilíbrio econômico que sustenta o sistema fundado na relação entre o aporte de muitas pessoas saudáveis frente ao cálculo de probabilidades de que apenas algumas fiquem doentes a um custo que pode difundir-se razoavelmente. A natureza do sistema é a de um seguro, com uma delimitação de risco que deve ser respeitada, sob pena de desaparecer completamente. A complexidade das tecnologias correntemente utilizadas em tratamentos de fertilização assistida envolvem custos elevados. Daí a consideração de um quadro legislativo que contemple todos os aspectos - incluindo os jurídicos e bioéticos - envolvidos na questão que não pode ser evitada em casos como o caso em exame, nem os aspectos relacionados com o financiamento de alto impacto por parte das instituições já mencionadas, devendo-se ponderar nesta área tanto a progressividade do princípio da igualdade de direitos como equidade no acesso à biotecnologia em geral e a capacidade do sistema para gerar entradas e suportar os custos adicionais impostos (conf. Cam. Nac. Civil, Comercial Federal, Sala 1, causa 12619/08 del 1/12/09 y sus citas). Em conclusão, o caso está contemplado em uma legislação coerente com os princípios constitucionais, segundo aos quais a demandada não se encontra abarcada subjetivamente por nenhuma obrigação de causa contratual ou legal que lhe imponha cumprir a prestação solicitada.

Além disso, deve-se ter em mente que se estabelece uma grave limitação à autonomia da vontade (art. 1197, C. Civ), com base na função social do contrato e prioridade, que é o bem jurídico tutelado, a saúde. Em tal sentido os usuários deverão contratar por adesão e os fornecedores “só podem utilizar modelos de contratos previamente aprovados pela autoridade de aplicação” (art. 8 da Lei 26.682). Conseqüentemente, atento à questão de ordem pública da lei (art. 28, Lei 26.682, e 65, Lei 24.240), qualquer disposição que se desvie do modelo aprovado será considerada insanavelmente nula. Esta obrigação de ajustar-se ao modelo do contrato obriga as empresas de medicina pré-paga celebrem com os usuários (art. 8) e também com os fornecedores (art. 19) que são contratados como executores, segundo a expressão na lei. Termos e condições são estabelecidos e não podem ser deixados de fora, a saber: a) Sobre prestações (devem cobrir o que está estipulado como base ou mínimo no P.M.O. vigente segundo resolução do Ministerio da Saúde da Nação e do actual da Nação e do “Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad” previsto na lei 24.901 e suas alterações”, b) Cobertura integral, conforme o P.M.O., nada impede que se convençinem prestações adicionais não previstas no P.M.O., c) Coberturas parciais; d) Direito frente a emergência; e) Direito à equivalência; f) Direito à informação; g) Preço das cotas de planos e tarifas; h) Rescisão do contrato; i) Carências. Declaração judicial e enfermidades pré existentes; j) Idade como motivo para a rejeição e custos mais elevados; k) A morte do titular e cobertura do grupo familiar; l) Contratação corporativa e continuidade; m) Continuidade através de transferência por falência ou extinção de falência do provedor. 4 -. Quanto às questões de fato do caso, não há qualquer registro que demonstre a possibilidade de sucesso na prática requerida, considerando as patologias apresentadas pela autora. 6-. No caso das Obras Sociais, cabe trazer à colação que dentro do marco regulatório em vigor, o Decreto Nacional nº 53/98 que cria a Administração de Programas Especiais como uma agência descentralizada de Administração Pública Nacional, cuja função é realizar uma compensação financeira dentro do sistema de aportes provenientes de seus próprios membros, que atenda tanto as patologias de alto impacto econômico, como aquelas crônicas que demandam uma cobertura prolongada no tempo, mesmo que seu custo unitário não seja necessariamente muito elevado, sendo qualquer destas situações urgentes e de resolução contínua, ao que se agrega a Resolução nº 1/98 emitido por esta Administração, que dispõe em seu art. 1º “estabelecer o Programa de Cobertura de Alta Complexidade por meio do qual esta Administração de Programas Especiais financiará o pagamento de serviços médicos, próteses, órteses, material descartável que se especifica... devendo os Agentes de Seguro de Saúde requerer apoio econômico da APE e ajustar a sua solicitação ao estabelecido na presente resolução”. Em relação às pré-pagas, o artigo 23 da Lei 26.682 aborda este ponto, afirmando que “...Para os planos de adesão voluntária, ou planos superiores ou complementares por melhores serviços comercializados pelos Agentes de Seguro de Saúde, não serão feitos aportes ao Fundo Solidário de Redistribuição, nem se receberão reembolsos

ou outros tipos de aportes da parte da Administração de Programas Especiais”. Ou seja, as prestações que a pré-paga se obriga a cobrir, para que o usuário indireto (afiliado) pague de seu bolso o acesso ao plano superior (mais serviços), não estão cobertas por reembolso ou semelhante da APE. De acordo com o exposto, concluímos que, eventualmente, poderia ser atribuída a prática solicitada quando se trata de Obras Sociais, o que não parece possível na aplicação do caso sub judice, considerando que, embora a adesão seja mediada por uma Obra Social, quem foi demandada foi a SWISS MEDICAL nas condições acima mencionadas. Portanto, a recusa de sua parte para fornecer a cobertura solicitada, não parece contaminada por arbitrariedade ou ilegalidade. 7 -. Até agora, a análise jurídica e legal leva a concluir que, para o momento, a requerida não resulta ser uma prática contemplada ao nível contratual ou legal em âmbito nacional. De qualquer forma não se desconhece a sanção da lei 14.028 na Província de Buenos Aires, que reconhece a infertilidade humana como uma doença, de acordo com os critérios internacionais adotados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e da cobertura de atenção integral à saúde de práticas médicas por meio de técnicas de fertilização homóloga reconhecidas por esta Organização por parte das Obras Sociais e empresas de medicina pré paga (Decretos 2980 e 564 de 29/12/2010 e 30/5/2011, respectivamente). Também existem e se encontram em andamento projetos de lei na Câmara dos Deputados e dos Senadores para incorporar ao P.M.O. os tratamentos de fertilização assistida. 8 -. Acordo com o exposto, não se observa que a recusa da demandada resulte arbitrária ou ilegal. Por isso, se deve confirmar a sentença apelada. Voto do Dr. Fernando Lorenzo Barbará: 1. - O direito à saúde tem proteção especial no nosso sistema jurídico, como evidenciado na Constituição Nacional (arts. 14, 42, etc) e dos instrumentos internacionais que a integram (artigo 75, inciso 22) entre eles, o artigo 12 alínea c) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; inciso 1 artigos 4 e 5 da Convenção sobre os Direitos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica - e inciso 1 do artigo 6 do Pacto Internacional Direitos Civis e Políticos, extensivo não só à saúde individual mas também a saúde coletiva (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 326:4931). Da mesma forma, a partir manifestação de nossa mais Alta Corte, particularmente nas Decisões 321:1684 e 323:1339, deixou claro o direito à preservação da saúde – compreendido dentro do direito à vida – e a obrigação impostergável que tem a autoridade pública de garantir esse direito com ações positivas, mas sem prejuízo das obrigações que correspondem às jurisdições locais, obras sociais e instituições de planos de saúde sobre o assunto. Afirmou ainda, no que concerne aos juizes, buscar soluções que estejam de acordo com a urgência que envolvem as pretensões, para o qual devem devem encaminhar os trâmites por vias eficazes e evitar que o rigor das formas possa conduzir à frustração dos direitos que contam com tutela de ordem constitucional (doctrina de Fallos: 327:3127). Por sua vez, a saúde reprodutiva merece proteção especial pois sem ela é inviável qualquer projeto de família, núcleo social básico que também detém um marco

de amparo próprio, fortemente enfatizado pelo constituinte de 1957, sobre o final do referido artigo 14 bis que dispõe: "O Estado deve conceder as prestações de seguridade social, que terá caráter de integral e irrenunciável. Em especial, a lei estabelecerá: o seguro social obrigatório, que estará a cargo de entidades nacionais ou provinciais, com autonomia financeira e econômica, administradas pelos interessados com a participação do Estado, sem que possa existir sobreposição de contribuições; aposentadorias e pensões; a proteção integral da família; a defesa do bem de família; a compensação econômica familiar e o acesso à moradia digna". 2 - Hoje é indiscutível que tanto a infertilidade como qualquer outra condição que resultem na incapacidade ou dificuldade de reproduzir são consideradas doenças. Assim, a Organização Mundial de Saúde definiu a saúde reprodutiva como "...o estado de completo desenvolvimento físico, mental e social, e não uma mera ausência de doença ou enfermidade em todas as questões relacionadas ao sistema reprodutivo e suas funções e processos (Naciones Unidas, documento A/Conf. 171/13 Informe de la CIPD)" - Nesta fase de progresso em matéria de Direitos Humanos e, em especial entre eles, o primeiro, que é o direito à vida, compreendendo o direito à saúde, é forçoso concluir que uma estimativa de completude, como referido no artigo 2º da Lei 23.661, não podem coexistir nem tolerar a exclusão de cuidado, prevenção e cura de qualquer doença. 3.1. - Também é verdade que a regra que acabo de mencionar, que implementou em nosso país pela primeira vez o "seguro social obrigatório" previsto no artigo 14 bis da Constituição, de modo algum contemplou a possibilidade de que pudessem ser agentes deste meras sociedades comerciais, como o é a apelada, mas "... entidades nacionais ou provinciais... com a participação do estado...". E isso resultou coerente com os princípios e objetivos da norma (não discriminação de qualquer tipo, concepção integradora, afirmação do papel da autoridade pública, prestações igualitárias integrais, justiça distributiva, cobertura universal, solidariedade, etc) são claramente incompatíveis com o cerne de toda sociedade comercial que não é outro senão o lucro, da essência da mesma, a razão de ser de tais entidades e até mesmo sua existência, porque de outro modo não poderiam subsistir. Veja-se que a afirmação anterior encontra-se corroborada de forma irrefutável na disposição do artigo 17 da Lei 23.661, que ao criar o Registro Nacional de Agentes de Seguro, não previu em qualquer das quatro categorias contempladas a possibilidade de que pudessem registrar-se como tais as sociedades comerciais. Isto é, estas últimas se foram imiscuindo no sistema de saúde, no início dos anos noventa, sob o abrigo (claramente omissivo) de um Estado que foi em sentido contrario ao previsto na lei 23.661, porque em vez de regular o que devia, desregulamentava todo o possível e deixava aos privados endeusando o chamado "mercado" promovido como panacéia para todos os males. 4. - No que diz respeito às disposições do "Programa Médico Obrigatório" (PMO), a jurisprudência é pacífica, incluindo a de nosso mais alto tribunal, ao sustentar que constitui um piso e não um teto conforme declarou a C.S.J.N., esse programa contém as diretrizes que devem ser interpretadas em harmonia com o princípio geral que garante à



população o acesso aos bens e serviços básicos para a manutenção da saúde (CSJN fallo de 16/5/06, en autos “Reynoso, Nilda Noemí c/ INSSJP s/ amparo”). Consideração que graças à lei 24.754 é aplicável igualmente às Obras Sociais e aos planos de saúde. 5. - No caso a apelada reiterou que o tratamento pretendido pela afiliada Colazo se encontrava expressamente excluído do contrato que celebraram. Afirmação que merece um tratamento em razão do artigo 7 da Lei 26.682 (promulgada após a sentença dos autos, D.O. 17-05-11), salientou que as empresas de medicina pré-paga “... devem pelo menos cobrir em seus planos de cobertura de assistência médica, o Programa de Médico Obrigatório vigente...” assemelhando às pré pagas, em termos de obrigações, os agentes naturais de seguro de saúde. 6 -. Outra relevante aresta do presente caso, não suficientemente enfatizada pelas partes (e demandada por razões óbvias) e completamente ignorada pelo tribunal a quo, é a natureza do vínculo que une os amparistas com o plano de saúde, que surge nos autos a “solicitação de opção”, são antes afiliados “Obra Social de capataces estibadores portuarios”. De modo que os acionantes não são membros diretos do plano de saúde, mas sua ligação com o último é mediada por uma Obra Social, agente natural do Seguro Nacional de Saúde, de tal sorte que a prestadora, ou seja, o plano de saúde, mal poderia considerar limitadas contratualmente as obrigações de origem legal que sobre ela pesam com a sub-rogação à Obra Social no cumprimento das prestações de saúde. Note-se que não consta dos autos, nem foi declarado que os reclamantes sejam ou hajam sido beneficiários de um plano de um plano superior ou por melhores serviços (aos que se refere o artigo 1 da Lei 26.682), mas, pelo contrário, o que está envolvido é a cobertura básica e geral que deve atender a todos os agentes naturais do seguro de saúde. Disto se conclui que estamos diante um tipo de contingência para o qual se contribui ao Fundo Solidário de Redistribuição (que teve sua origem no artigo 21 da chamada “Lei” nº 18.610), de maneira que, de acordo com os termos do artigo 23 da Lei 26.682, em um caso como este, ter que resolver a prestação de que se trata, a pré-paga estará em condições de acessar o reembolso da Administração de Programas Especiais através da Obra Social da qual derivou a atenção dos seus membros, porque se para a cobertura do caso foram feitos os aportes correspondentes então a restituição do valor investido em saúde do membro não pode ser diminuída pela APE, apesar das dúvidas expressadas por alguma doutrina da sanção da lei 26.682 (Clericó, Laura y otros en: “Notas y preguntas sobre el ‘marco regulatorio de la medicina prepaga’”, Lexisnexis.com.ar). 7. - Cabe deixar claro que não chegou a esta instancia qualquer debate sobre as implicações éticojurídicas do método de fertilização assistida pretendido pelos amparistas. Pelo contrário, a apelante se limitou a falar sobre direitos e a apelada de dinheiro e custos. 8. – Consequentemente e sendo assim, não encontro razão suficiente para confirmar a sentença que rejeitou a pretensão da amparista, e vou aceitar os argumentos da apelante e revogar a sentença a ser revista, dando lugar integralmente à demanda, mas limitando a três tentativas, a fim de conciliar razoavelmente os interesses das partes. É o meu

voto. Voto do Dr. Carlos Federico Carrillo: Srs. Verónica Colazo e Cristian Flores, ambos afiliados da Swiss Medical S.A., intentaram ação contra esta, reclamando que lhes forneça cobertura para realizar tratamento de fertilização assistida por ICSI, com um orçamento em anexo (ver fls. 5, 6 e 46), atitude a que chegam depois de reclamar por meio de carta, que foi rejeitada pela demandada, com base no argumento de que o plano de saúde não está obrigado legal ou convencionalmente a arcar com o custo desse tratamento. Estas posições foram consolidadas durante o andamento do processo, e o tribunal a quo se pronunciou rejeitando a ação, por fundamentos que se conformam às alegações da demandada. Exclusivamente se discute se é a empresa que deve assumir a realização do procedimento que foi indicado. A tarefa da Câmara consiste em examinar a decisão apelada confrontando com os argumentos da parte que apelou, para ver se a sentença será convalidada ou modificada. Em tal situação, concordo com o voto da Dra. Arribillaga, sem prejuízo em destacar a possibilidade que tem os autores de reclamar que se atenda sua enfermidade na salvaguarda do direito à saúde, que no seu caso deve ser por meio da via que corresponda a autoridade pública que resulta efetivamente obrigada a fornecer tal cobertura, seja principal ou complementar, ou a assegurá-la dispondo do necessário para que seja incluída entre as práticas que as empresas prestadores devem realizar mesmo que não estejam comprometidas convencionalmente envolvidos. É o meu voto. Sob o acordo acima por maioria. RESOLVE: 1. - Confirmar a sentença nº 26 datada de 14 de abril de 2011, com custas por sua ordem nesta instância. 2. – Estipular os honorários em 25% do que foi fixado às parte em primeira instância. 3. – Inclua-se, faça-se conhecer e oportunamente devolvam-se os autos ao tribunal de origem. Fdo: Liliana Arribillaga - Fernando Barbará - Carlos Carrillo (juízes).. Patricia Calvi (Secretária). - et/med.

### **ORIGINAL**

*Visto, en acuerdo de la Sala "A" el expediente nro. 7323-C de entrada, caratulado: "COLAZO, Verónica M. y O. c/ Swiss Medical S.A. s/ Rec. De Amparo" (nº 87009 del Juzgado Federal nº 1 de esta ciudad), del que resulta que: La Dra. Liliana Arribillaga dijo: 1.- Vienen los autos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado por la actora (fs. 177 y 181/185) contra la sentencia nº 26 de fecha 14 de abril de 2011 que rechazó la acción de amparo interpuesta por los Sres. Verónica Marcela Colazo y Cristian Gabriel Flores contra Swiss Medical S.A. y dispuso distribuir las costas por su orden (fs. 171/175 y vta.). Concedido el recurso (fs. 178), la demandada contesta agravios a fs. 190/192. Elevados los autos (fs. 196), se dispuso la intervención de la Sala "A" (fs. 197), ordenándose el pase de las actuaciones al acuerdo, por lo que quedaron a estudio. 2.- Considera la apelante que la sentencia resulta contradictoria, porque en el caso, se encuentra acreditado que la infertilidad proviene de una enfermedad, desde el punto de vista clínico ginecológico diagnosticada como "Tiroiditis de Hashimoto y Endometriosis Pelviana Severa" que además de generarle complicaciones de salud, le acarrió la incapacidad de ser*

estéril y a pesar de eso se concluya con el rechazo de la acción. Asimismo la agravia que tenga por acreditados los derechos constitucionales de los que gozan los amparistas, por cumplidos los passos previos que habilitan el progreso de la acción y se limite a dilucidar solamente si Swiss Medical se encuentra o no obligada a prestar la cobertura requerida. De ese modo –dice- reduce de forma considerable el análisis de la cuestión. Se agravia que el juez considere que la conducta de la demandada -de denegar la cobertura- no resulte arbitraria, ilegítima o ilegal, porque su accionar se encuentra amparado en su cartilla de prestaciones y en la normativa vigente. En ese rumbo señala que sus clientes están sujetos a adherirse a ese régimen porque no cuentan con la posibilidad de negociación con la empresa. En consecuencia, se colocó el valor de la cartilla de prestaciones de la Obra Social por encima de toda la gama constitucional de derechos que tutelan el derecho a la salud. Este criterio, dice, netamente economicista, desconoce rotundamente la función social que dichas empresas deben cumplir. Así, afirma, lo ha sostenido reiterada jurisprudencia. Pone énfasis en recordar que estamos ante empresas que prestan servicios de salud. Afirma que la cartilla, como el P.M.O. es el piso a que están obligadas las empresas de medicina prepaga, sin que dicha circunstancia constituya un obstáculo a que brinden coberturas ante enfermedades evidentemente acreditadas, como la del caso que nos ocupa, estando por supuesto en juego el derecho a la salud. Cita lo dicho en tal sentido por la Sala “B” de esta Cámara en el fallo “Alegría, Andrea G. c/ OMINT S.A.” del 14/03/2011. Manifiesta que le llama la atención que el a quo diga que no se ha planteado la inconstitucionalidad de la normativa que regula el funcionamiento de las Empresas de Medicina Prepaga, cuando en los autos antes aludidos, rechazó la inconstitucionalidad del PMO. Se agravia de las consideraciones hechas por el magistrado referidas a la esfera íntima de sus representados al expresar que la situación en que se encuentran admite dilación. Se queja de que juzgue que no corresponda en los presentes la opinión judicial porque no está en riesgo la vida, al expresar que la no inclusión de estas técnicas en el PMO, no debe ser integrada por la voluntad judicial. Contra tal argumento, asevera que el juez debe entender y resolver en todos los asuntos, haciendo lugar o no al planteo presentado, incluso ante la falta de normativa específica, porque el Poder Judicial está obligado a hacerlo en la medida que le cabe, esto es, dictando la sentencia para el caso. Manifiesta que el derecho puesto em pugna debe materializarse, independientemente del factor de riesgo de vida. Agrega que no se ha acreditado de ninguna manera que se vulnere el sistema porque Swiss Medical le preste cobertura a sus mandantes, y si tal hubiese sido el criterio podría haber sugerido en su fallo otorgar un número de tratamientos y no vulnerar completamente toda la gama de derechos constitucionales esgrimidos por el mismo sentenciante. Finalmente, solicita en subsidio que no se cargue a su parte con las costas del juicio, porque existieron motivos suficientes para litigar y jurisprudência contradictoria en la materia. Y CONSIDERANDO: 1.- La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades

de la causa, debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales. Así, se impone ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas. Resulta importante destacar que el derecho a la salud constituye un derecho personalísimo a estar sano física, mental y socialmente, por lo que las personas deben tener acceso a la asistencia y a los servicios médicos que correspondan. El Estado debe velar por ese derecho y para lograrlo, ha implementado y coexisten distintos sistemas: el asistencial -hospital público-, las obras sociales, la medicina prepaga y el seguro de salud. Cabe recordar que las reglas sobre las que se asienta su funcionamiento difieren sustancialmente. Asimismo, debe ocuparse de la efectividad de 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” (Fallos 323:3229). El Sistema Nacional Integrado de Salud ha sido creado “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país” (art. 1, ley 23.661). Su objeto es “proveer prestaciones de salud tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud que respondan al mejor nivel de calidad disponible, y que garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo de prestación eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva” (art. 2 ley 23.661). 2.- Las normas legales organizan el sistema de salud pública inspiradas en principios de justicia distributiva. El sistema nacional sanitario instaurado por las leyes 23.660 y 23.661 constituye un sistema de reparto que se financia a través de los aportes a cargo de los trabajadores y las contribuciones a cargo de los empleadores. Así, ambos actores sociales contribuyen al fondo común que constituye el capital que la denominada “obra social” debe administrar, proveyendo servicios a favor de los denominados “beneficiarios”, siendo antes de derecho público no estatal, de autogestión administrativa, sin intervención estatal, no obstante estar bajo su control y fiscalización. Mientras que en el sector privado las normas contractuales, que son las bases del sistema, regulan la relación prestador–adherente, inspiradas en principios de justicia conmutativa y en la relación de cambio y equivalencia de las prestaciones. Éstas podríamos afirmar que son las reglas que rigen a cada sector. En cuanto a la empresa de medicina prepaga, la Corte tiene dicho que “...si bien a la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga atañe esa índole (arts. 7º y 8º, inc. 5º, Código de Comercio), en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v.arts. 3º, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; 4º y 5º “Convención Americana sobre Derechos Humanos” y 42 y 75, inc. 22 de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (art. 1º, Ley 24.754) (Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa

*“Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios” del 13/03/2001- Fallos:324:677). Este sistema tiene una característica particular: el contrato de prestación médica es la figura que da forma al vínculo jurídico que existe entre la empresa organizadora y el adherente al sistema. Ha sido definido como el contrato “por el cual una persona (o una empresa) promete a otra, llamado asociado o beneficiario, una determinada asistencia médica, y recibe como contraprestación el pago generalmente periódico de una suma de dinero (Gherzi, Carlos, Weingarten, Celia e Hipólito, Silvia C., “Contrato de medicina prepaga”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 150). Los caracteres del aludido contrato cobran singular importancia a la hora de determinar el contenido y la extensión de las obligaciones asumidas por las partes, especialmente, las que corresponde que asuma el proveedor de los servicios médico-asistenciales. Trasladados los conceptos antes volcados al caso bajo análisis, corresponde señalar un primer aspecto: la prestación requerida no está contemplada en el Reglamento General de Contrataciones de Swiss Medical S.A.. Es más, dentro de las cláusulas establecidas en el aludido Reglamento incorporado en autos a fs. 73/76 la excluye de forma expresa. Así el art. 13 “EXCLUSIONES”: en el punto I) refiere a “Investigación, tratamiento y/o intervenciones quirúrgicas para la infertilidad, tales como inseminación artificial o asistida, fertilización in vitro, monitoreo de la ovulación, etc., cualquiera sea su indicación...”. Resulta claro entonces que el contrato excluyó expresamente la cobertura de la prestación que mediante esta causa reclaman los actores quienes, en el caso de Verónica Colazo, suscribió una solicitud de ingreso (fs. 70) y formuló la correspondiente declaración jurada de enfermedades padecidas (fs. 71/72) mientras que el señor Flores, quien poseía la obra social de Capataces Estibadores Portuarios, suscribió la solicitud de opción dirigida a Swiss Medical Group. Todos estos actos fueron realizados de forma libre y voluntaria. En estas condiciones, lo que se trata de determinar entonces es, si la garantía descrita en los considerandos anteriores, puede ser exigida a quien ha celebrado un contrato cuyas obligaciones recíprocas no la contemplan. Entiendo que le son aplicables las reglas del “pacta sunt servanda” teniendo en cuenta que la empresa asumió al contratar el riesgo económico y la obligación asistencial de prestar servicios médicos conforme a lo pactado con sus afiliados, quienes voluntariamente aceptaron las condiciones de cobertura y se obligaron a pagar, como contraprestación, una cuota periódica. En efecto, la regla general en los contratos es que no puede presumirse una obligación que no surja claramente de la voluntad de las partes, lo que no se advierte en el caso. Esta regla corresponde sea reafirmada, toda vez que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende diferentes derechos y libertades consagrados en la Constitución Nacional: la libertad de contratar, es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19), la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14) y de la libertad económica dentro de las relaciones*

de competencia (art. 43). La libertad de contratar, de competir y de conformar el contenido de un contrato constituye una posición jurídica con el fin de proteger las garantías constitucionales a las que se alude. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intenta interrumpirlo en el goce del mismo. En el caso, existe, además otro centro de interés que debe ser tutelado: el de los demás participantes del sistema de medicina prepaga, quienes verían afectada su posición si la empresa debiera pagar por prestaciones no pactadas. Imponer obligaciones de este tipo afectaría la causa sistemática —es decir, el equilibrio económico que sustenta el sistema— fundada en la relación entre el aporte de muchas personas sanas frente al cálculo de probabilidades de que sólo algunas se enferman a un costo que puede difundirse razonablemente. La índole del sistema es la de un seguro, con una delimitación del riesgo que debe ser respetada, porque de lo contrario desaparecería totalmente. La complejidad de la tecnología habitualmente empleada en los tratamientos de fertilización asistida implica costos elevados. De allí que la consideración de un marco legislativo que contemple todos los aspectos — incluso jurídicos y bioéticos— involucrados en la cuestión no puede ser soslayada en casos como el sub examine, y tampoco los aspectos que hacen al financiamiento de los tratamientos de alto impacto por parte de las entidades asistenciales ya mencionadas, debiéndose ponderar en ese ámbito tanto la progresividad del principio de igualdad de derechos como la equidad en el acceso a la biotecnología en general y la capacidad del sistema para generar ingresos y soportar los costos adicionales que ello impone (conf. Cam. Nac. Civil, Comercial Federal, Sala 1, causa 12619/08 del 1/12/09 y sus citas). Como conclusión, el caso está contemplado en una legislación consistente con los principios constitucionales según los cuales la demandada no está alcanzada subjetivamente por ninguna obligación de causa contractual o legal que le imponga satisfacer la prestación solicitada. Ello tiene asidero en que se trata de un contrato, que da forma al vínculo jurídico que existe entre la empresa organizadora y el adherente al sistema, si bien las prestaciones que se brindan tienen que ver con el derecho a la salud, que salvo casos excepcionales, debería cubrirse con el PMO. A mayor abundamiento, cabe tener igualmente presente que se establece una severa limitación a la autonomía de la voluntad (art. 1197, C. Civ.), con fundamento en la función social del contrato y la inmovible prioridad del bien jurídico tutelado, que es la salud. En tal sentido los usuarios deberán contratar por adhesión y los proveedores “sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la autoridad de aplicación” (art. 8 ley 26.682). En consecuencia y atento al carácter de orden público de la ley (arts. 28, ley 26.682; y 65, ley 24.240), cualquier estipulación que se aparte del modelo autorizado será insanablemente nula. Esta obligación de ajustarse al modelo de contrato rige para los que las Empresas de Medicina Prepaga celebren con los usuarios (art. 8) y también con los prestadores (art. 19) que

resulten contratados como efectores, según expresión de la ley. Se establecen estipulaciones o condiciones que no pueden ser dejadas de lado, a saber: a) Sobre prestaciones (deben cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médica asistencial el PMO vigente según resolución de Ministerio de Salud de la Nación y el 'Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad' previsto por la ley 24.901 y sus modificatorias"; b) Cobertura integral, además de cubrir el PMO, nada impide que se convengan prestaciones adicionales a las enunciadas por este último; c) Coberturas parciales; d) Derecho ante la emergencia; e) Derecho a la equivalencia; f) Derecho a la información; g) Precio de las cuotas de planes y aranceles; h) Rescisión contractual; i) Carencias. Declaración jurada y enfermedades preexistentes; j) La edad como causal de rechazo y de mayores costos; k) Fallecimiento del titular y cobertura del grupo familiar; l) Contratación corporativa y continuidad y m) Continuidad mediante transferencia por quiebra o cese del proveedor. 3.- En cuanto al PMO, las empresas que prestan servicios de medicina prepaga deben afrontar –como mínimo idénticas prestaciones obligatorias que las dispuestas para las obras sociales (art. 1 ley 24.754). Cabe dejar sentado también que el Programa Médico Obligatorio no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir. Ello significa que nada impide que se convenga una prestación adicional a las enunciadas en el PMO, que alguna prestación no enunciada se considere implícitamente comprendida por aplicación de los arts. 3 y 37, ley 24.240, o 26, inc. a, ley 26.682, o bien que una norma imperativa agregue como obligatorias otras prestaciones a las enunciadas. En este orden de ideas, no es posible omitir que las perturbaciones que puede experimentar la salud son virtualmente incontables y susceptibles de acarrear un amplísimo espectro de consecuencias, tanto en lo que hace a su naturaleza como a su importancia y a sus secuelas; y a mi criterio la respuesta jurisdiccional no puede ser idéntica en cualquier supuesto de hecho que se presente. 4.- En cuanto a las cuestiones fácticas del caso, no existe constancia alguna que demuestre el índice de posibilidad de éxito de la práctica solicitada, en atención a las patologías que presenta la actora. En efecto, se acompañan constancias de numerosas operaciones quirúrgicas realizadas en relación a la endometriosis que padecía la actora Verónica M. Colazo, siendo que las testimoniales de fs. 134, 135, 136 sólo han tenido por fin el reconocimiento de la documental acompañada, tales como presupuesto para procedimiento ICSI de PROAR, dos informes de ecografía ginecológica transvaginal; y resumen de historia clínica. Una de aquéllas, brindada por Anabella Claudia Lima, médica de la actora expone que "tiene indicación de tratamiento..." y asimismo que "La paciente tiene diagnóstico de endometriosis, que es un factor de esterilidad, con los sucesivos tratamientos quirúrgicos disminuyo el volumen del ovario en consecuencia la reserva y función ovárica. Además se le realizó una salpinguectomía que disminuye aún más la posibilidad de embarazo en forma espontánea. A pesar de los tratamientos médicos y quirúrgicos la enfermedad

*siguió evolucionando. El tiempo es un factor importante por la evolución de la enfermedad y sumado a la edad de la paciente”, pero no obstante no existe una opinión médica especializada, ni aún la de la mencionada profesional, que explique en el caso de autos, la incidencia de éxito en la práctica recomendada, la que de por sí resulta de muy baja probabilidad. En otro orden, resulta necesario resaltar la importancia de contar con una pericial médica en expedientes en que se debaten temas tan técnicos y complejos como el de autos. Tal ausencia equivale a un déficit en la carga probatoria que pesaba sobre el actor. 5.- Cabe advertir que en el tratamiento de esta cuestión en el Poder Legislativo, se ha tenido en cuenta respecto a una ley que la imponga de manera obligatoria (la práctica), la incidencia que tendría ello en el costo de las cuotas de las prepagas, todo lo cual denota que la posibilidad de imponerlas, más aún no existiendo ley en esta jurisdicción que así lo ordene tendría por obstáculo, en atención a las características del régimen de que se trata un aumento en la onerosidad. Es que tratándose de prestaciones de alto costo y con potencial incidencia para repercutir en el resto de necesidades de salud a cubrir a favor de la totalidad de los asociados, es necesario que concurra una concreta previsión normativa al respecto que asuma con la debida previsión, la distribución equitativa y solidaria de los recursos. 6.- En el caso de las Obras Sociales, cabe traer a colación que dentro del marco regulatorio nacional vigente, el Decreto Nacional n° 53/98 crea la Administración de Programas Especiales como organismo descentralizado de Administración Pública Nacional, cuya función consiste en realizar una compensación económica dentro del sistema de aportes provenientes de sus mismos integrantes que atienda tanto a las patologías de alto impacto económico como a aquellas crónicas que demandan una cobertura muy prolongada en el tiempo, aún cuando su costo unitario no necesariamente sea muy elevado, siendo cualquiera de estas situaciones de urgente y continua resolución, a lo que se agrega la Resolución n° 1/98 dictada por esta Administración que en su art. 1° dispone “Establecer el Programa de Cobertura de Alta Complejidad a través del cual esta Administración de Programas Especiales financiará el pago de las prestaciones médicas, prótesis, órtesis, material descartable que se especifica... debiendo los Agentes del Seguro de Salud que requieran el apoyo económico de la APE ajustar su solicitud a lo establecido en la presente resolución...”. Respecto a las prepagas, el artículo 23 de la ley 26.682 aborda este punto, estipulando que “...Por los planes de adhesión voluntaria o planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los agentes del Seguro de Salud no se realizarán aportes al Fondo Solidario de Redistribución ni se recibirán reintegros ni otro tipo de aportes por parte de la Administración de Programas Especiales”. Es decir, las prestaciones que la prepaga se obliga a cubrir por lo que el usuario indirecto (afiliado) paga de bolsillo para acceder a lo superador (mayores servicios), no están cubiertas por reintegro o similar de la APE.. Consecuentemente con lo dicho, advirtiendo que en el caso, el actor, perteneciente a la Obra Social de Capataces Estibadores Portuarios, formula opción para recibir prestaciones de “SWISS MEDICAL*



GROUP”, bajo un plan SB04, abonando un adicional de \$120, se presenta alcanzado por la exclusión de la norma señalada y por tanto esa prepaga no puede recibir del APE reintegro alguno (ver fs. 78). Consecuentemente con lo dicho, cabe concluir que eventualmente podría concederse la práctica solicitada cuando se trata de Obras Sociales, lo que no aparece de posible aplicación en el sub lite, en atención a que si bien su afiliación se encontraría intermediada por un Obra Social, quien está demandada es SWISS MEDICAL en las condiciones antes señaladas. Por tanto, la negativa de su parte a brindar la cobertura solicitada, no se presenta viciada de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. 7.- Hasta aquí, el análisis jurídico y legal lleva a concluir que –por el momento– la requerida no resulta ser una práctica contemplada a nivel contractual ni legal en el ámbito nacional. De todos modos corresponde dejar sentado que no se desconoce la sanción de la ley 14.028 en la Provincia de Buenos Aires, que reconoce la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la cobertura asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha Organización por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga (decretos 2980 y 564 del 29/12/2010 y 30/5/2011 respectivamente). Asimismo que existen y se encuentran para su tratamiento proyectos de ley en Diputados y en Senadores para incorporar en el PMO los tratamientos para fertilización asistida. 8.- En función de lo dicho, no se observa que la negativa de la demandada resulte arbitraria o ilegal. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia apelada. 9.- En cuanto a las costas, en atención a las distintas soluciones e interpretaciones jurisprudenciales en relación a la prestación aquí solicitada, se imponen por su orden. Es mi voto. El Dr. Fernando Lorenzo Barbará dijo: 1.- El Derecho a la salud cuenta con especial protección de nuestro ordenamiento positivo, según surge de la propia Constitución Nacional (arts. 14 bis, 42, etcétera) y de los instrumentos internacionales que la integran (artículo 75 inciso 22) entre ellos, el artículo 12 inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inciso 1 artículos 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— e inciso 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 326:4931). Asimismo, a partir de lo expresado por nuestro Máximo Tribunal, particularmente, en Fallos: 321:1684 y 323:1339, ha quedado en claro el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema. Declaró, además, que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda

conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (doctrina de Fallos: 327:3127). A su vez la salud reproductiva merece tutela específica en tanto sin ella resulta inviable todo proyecto de familia, núcleo social básico éste que también ostenta un marco tuitivo propio, fuertemente enfatizado por el constituyente de 1957 sobre el final del ya mencionado artículo 14 bis que reza: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna." 2.- Hoy por hoy resulta indiscutible que tanto la infertilidad como cualquiera otra patología que derive en la incapacidad o dificultad de procrear, son consideradas enfermedades. Así, la Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud reproductiva como "...el estado general de bienestar físico, mental y social, y no como una mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (Naciones Unidas, documento A/Conf. 171/13 Informe de la CIPD) "- A esta altura del avance universal en materia de Derechos Humanos y en especial entre ellos el primero, que es el derecho a la vida, comprensivo del derecho a la salud, forzoso resulta concluir que una previsión de integralidad, como la referida por el artículo 2 de la ley 23.661, no puede coexistir ni tolerar la exclusión del cuidado, prevención y cura de enfermedad alguna. 3.1.- Ciertamente es también que la norma que acabo de mencionar, que instrumentó en nuestro país por primera vez el "seguro social obligatorio" previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, de ninguna manera contempló la posibilidad de que pudieran ser agentes de éste meras sociedades comerciales, como lo es la apelada, sino "...entidades nacionales o provinciales... con participación del Estado...". Y ello resultó coherente con los principios y objetivos de la norma (no discriminación de ningún tipo, concepción integradora, afirmación del rol de la autoridad pública, prestaciones igualitarias integrales, justicia distributiva, cobertura universal, solidaridad, etcétera) claramente incompatibles con el central de toda sociedad comercial que no es otro que el lucro, que hace a la esencia misma, a la razón de ser de tales entes y hasta a su existencia, porque de otro modo no podrían subsistir. Véase que la afirmación precedente encuentra corroboración irrefutable en la previsión del artículo 17 de la mencionada ley 23.661, que al crear el Registro Nacional de agentes del Seguro, no previó en ninguna de las cuatro categorías contempladas la posibilidad de que pudieran inscribirse como tales las sociedades comerciales. Es decir que, estas últimas se fueron inmiscuyendo en el sistema de salud, desde principios de los años noventa, al amparo (claramente omisivo) de un Estado que fue en sentido contrario al previsto en los postulados de la 23.661, ya que en lugar de regular lo que debía desregular todo lo posible y dejaba hacer a los privados

endiosando al denominado “mercado” promovido entonces como la panacea de todos los males. 4.- Con relación a las previsiones del “Programa Médico Obligatorio” (PMO), resulta prácticamente pacífica la jurisprudencia, incluida la de nuestro máximo tribunal, al sostener que constituye un piso y no un techo conforme lo há sostenido la C.S.J.N., ese programa contiene lineamientos que deben ser interpretados en armonía con el principio general que garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud (CSJN fallo del 16/5/06, en autos “Reynoso, Nilda Noemí c/ INSSJP s/ amparo”). Consideración que merced a la ley 24.754 resulta de aplicación por igual a las Obras Sociales y a las prepagas. 5.- Ahora bien. En el caso invocó la apelada en su momento y lo reiteró al responder los agravios, que el tratamiento pretendido por la afiliada Colazo se encontraba expresamente excluido del contrato que oportunamente celebraran. Afirmación que merece tratamiento por cuanto el artículo 7 de la ley 26.682 (promulgada después de la sentencia de autos, B.O. 17-5-11) enfatizó que las empresas de medicina prepaga “... deben cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente...” (el subrayado es de mi autoría), asimilando así a las prepagas, en cuanto a obligaciones, a los agentes naturales del seguro de salud. 6.- Otra relevante arista del presente caso, no suficientemente destacada por las partes (la demandada por razones más que obvias como se verá) y completamente desdeñada por el a quo, está dada por la naturaleza del vínculo que une a los amparistas con la prepaga, que tal como surge de la fotocopia de la credencial que luce en autos (fojas 40) y de la “solicitud de opción” (acompañada por la apelada – fojas 78) son antes de ello afiliados a la “Obra Social de capataces estibadores portuarios” (pese a que el actor Flores trabajaría en “Pinturerías Rex SA”). De modo que los accionantes no son afiliados directos de la prepaga sino que su vínculo con ésta se encuentra intermediado por una Obra Social, agente natural del Seguro Nacional de Salud, de tal suerte entonces que la prestadora, es decir la prepaga, mal podría considerar limitadas contractualmente las obligaciones de origen legal que sobre ella pesan en tanto ha venido a subrogar a la Obra Social en el cumplimiento de las prestaciones de salud. Obsérvese que no consta en autos, ni fue afirmado, que los reclamantes sean o hayan sido beneficiarios de un plan superador o por mayores servicios (a los que hace referencia el artículo 1 de la ley 26.682), sino que, por el contrario, de lo que se trata es de la cobertura básica y general que deben satisfacer todos los agentes naturales del seguro de salud. De esto se deriva que estamos ante el tipo de contingencia por el cual se contribuye al Fondo Solidario de Redistribución (que tuvo su germen en el artículo 21 de la llamada “Ley” n° 18.610), de manera que a estar a los términos del artículo 23 de la ley 26.682, en un caso como el presente, de tener que solventar la prestación de que se trata, la prepaga estará en condiciones de acceder al reintegro de la Administración de Programas Especiales a través de la Obra Social que le ha derivado la atención de sus afiliados, porque si por la cobertura del caso se han hecho los aportes correspondientes entonces la restitución de lo invertido en la

salud del afiliado no podrá ser retaceada por la APE, pese a las dudas expresadas por alguna doctrina a partir de la sanción de la ley 26.682 (Clericó, Laura y otros en: "Notas y preguntas sobre el 'marco regulatorio de la medicina prepaga'", Lexisnexis.com.ar). 7.- Cabe dejar aclarado que no ha llegado a esta instancia debate alguno acerca de las implicancias éticojurídicas del método de fertilización asistida pretendido por los amparistas a que hiciera referencia el a quo a fojas 175. Por el contrario, la apelante se limitó a hablar de derechos y la apelada de dinero, de costos. Y también que el "Reglamento general ..." cuya copia luce a fojas 73/6 de autos no lleva en lugar alguno la firma de los amparistas ni fue reconocido por éstos, mientras que la "solicitud de ingreso" (fojas 70) resulta casi del todo ilegible, en especial en su parte final expresada en lo que parecen ser letras de ínfimo tamaño, incompatibles con las previsiones del artículo 10 de la ley 24.240. 8.- Consecuentemente y siendo así las cosas, no encuentro razón valedera alguna como para confirmar el fallo en crisis que rechazó la pretensión de la amparista, por lo que habré de proponer al acuerdo receptar los agravios de la recurrente y revocar el fallo venido en revisión, haciendo lugar integralmente a la demanda bien que limitándola a tres intentos, a los fines de conciliar razonablemente los intereses de las partes. Es mi voto. El Dr. Carlos Federico Carrillo dijo: Los señores Verónica Colazo y Cristian Flores, ambos afiliados a Swiss Medical S.A., accionan contra esta última reclamando que les brinde cobertura para realizar tratamiento de fertilización asistida mediante el método ICSI, cuyo presupuesto adjuntan (ver fs. 5, 6 y 46), actitud a la que llegan después de reclamar por medio de la carta documento de fs. 9, que fue rechazada por la contraria como consta a fs. 10/11 con base en que la prepaga no está obligada legal ni convencionalmente a asumir el costo de ese tratamiento. Esas posiciones se consolidaron durante el avance del proceso, y el a quo se pronunció rechazando la acción por fundamentos que concuerdan con las afirmaciones de la demandada. No se han puesto en disputa entonces la relación jurídica entre los actores y la empresa de medicina prepaga, la dificultad para concebir que presenta la pareja a partir del específico problema de salud diagnosticado a la señora Colazo, ni el abordaje profesional recomendado por la Dra. Lima, médica que la atiende. Exclusivamente se discute si es la empresa quien tiene a su cargo asumir la realización del procedimiento que se les ha indicado. La tarea de la Sala consiste en examinar el fallo apelado confrontándolo con los agravios expresados por la única parte que lo recurrió, para ver si resulta convalidado o modificado. En tal situación, adelante que concuerdo con el voto de la Dra. Arribillaga, sin perjuicio de destacar la potestad que tienen los actores de reclamar que se atienda su enfermedad en salvaguarda del derecho a la salud, que en su caso debería hacerse valer por la vía que corresponda ante aquella autoridad pública que resulte efectivamente obligada a brindarle dicha cobertura sea principal o supletoriamente, o a asegurársela disponiendo lo necesario para que se la incluya entre las prácticas que las empresas prestadoras deben realizar aunque no estén comprometidas convencionalmente. Es mi voto. En virtud del acuerdo que antecede,

*por mayoría. SE RESUELVE: 1.- Confirmar la sentencia nº 26 de fecha 14 de abril de 2011 obrante a fs. 171/175 y vta., con costas por su orden en esta instancia. 2.- Regular los honorarios profesionales en el 25% de lo que se fije a las partes en primera instancia. 3.- Insértese, hágase saber y oportunamente devuélvanse los autos al juzgado de origen. Fdo.: Liliانا Arribillaga – Fernando Barbará - Carlos Carrillo (Jueces). Patricia Calvi (Secretaria).- et/med.*