



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO CARLOS  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

**SENTENÇA**

Processo nº: **1013443-59.2017.8.26.0566**  
Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Tratamento Médico-Hospitalar**  
Requerente: **Zulmara Alves Ferreira**  
Requerido: **'MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**

Justiça Gratuita

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

Zulmara Alves Ferreira propõe ação contra Município de São Carlos aduzindo que necessita ser submetida a um tratamento cirúrgico de artroplastia de quadril para implante de uma prótese de cerâmica sem cimento, e, como não possui condições de arcar com o custo, postula a imposição à parte ré da obrigação de fornecer a cirurgia com a prótese especificada.

Liminar indeferida, fls. 36/37.

Contestação do réu, fls. 47/87, alegando ilegitimidade passiva e, no mérito, que a autora não titulariza o direito afirmado e que a prótese cerâmica não é padronizada nem há prova da sua necessidade.

Réplica às fls. 93/96.

Justificativa do médico assistente da autora, fl. 44.

Justificativa do Município, fls. 109/111.

Justificativa "complementar" do médico assistente da autora, fl. 117.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas, porquanto os documentos existentes nos autos possibilitam a



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
**RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760**

compreensão dos elementos fáticos necessários para o deslinde da causa.

A preliminar não prospera, pois o usuário do serviço e ações de saúde pode mover a ação contra qualquer esfera da federação, a responsabilidade é solidária e descabe o chamamento ao processo, cabendo aos entes públicos, eventualmente, promover o acertamento de suas responsabilidades *a posteriori*, se o caso mediante ação própria.

Aplicam-se, nesse sentido, as seguintes Súmulas do E. TJSP.

Súmula 29: Inadmissível denunciação da lide ou chamamento ao processo na ação que visa ao fornecimento de medicamentos ou insumos.

Súmula 37: A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.

Quanto ao mérito, nos termos do art. 196 da CF, a saúde é um "direito de todos" e "dever do Estado", ou seja, consubstancia-se em um direito público subjetivo do indivíduo e da coletividade perante a organização estatal.

Todavia, é inegável a complexidade da questão, tendo em vista que é materialmente impossível assegurar a todos as condições ideais de saúde, em razão da escassez de recursos existente. Como alertado por Stephen Holmes e Cass Sustein, "levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

A questão foi criteriosamente analisada pelo Ministro Relator do Agravo Regimental no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, após amplo e democrático debate, por meio de uma série de audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras do Ministro Relator, "a judicialização do direito à saúde ganhou extrema importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
**RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760**

as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias".

A complexidade da matéria não pode importar em denegação de Justiça pelo órgão jurisdicional, mas exige, por outro lado, a fixação de critérios para o julgamento, a fim de evitar distorções na perspectiva do SUS e da ordem constitucional, tendo em conta a particularidade de que o direito à saúde aqui postulado, direito fundamental social, tem por objeto uma prestação positiva estatal, de concretização muito mais complexa e delicada que as chamadas liberdades individuais. Não se pode supor que o cidadão tenha direito ao recebimento gratuito de todo e qualquer medicamento, equipamento, insumo ou procedimento que entenda conveniente, conclusão que se impõe mesmo em Estados que, como o brasileiro, se constituem como Estado Social, isto é, que objetivam a implementação concreta de direitos sociais a generalidade de seus cidadãos.

Vem a calha relatar julgamento, ocorrido em 11.05.2017, proferido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) e referido pelo Prof. INGO WOLFGANG SARLET em artigo publicado no Conjur aos 02.06.2017 (<http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema>), onde se afirmou que o reconhecimento de um direito subjetivo originário a prestações na área da saúde, portanto, diretamente deduzido da Constituição, reveste-se de caráter excepcional, isto é, no caso de um "estado de necessidade individual caracterizado por grave, real e iminente risco de vida" e desde que inexista no catálogo de procedimentos e tratamentos do seguro público de saúde uma alternativa compatível.

Convém citar, a propósito, artigo da lavra de NÉVITON GUEDES disponível online (<http://www.conjur.com.br/2014-jul-07/constituicao-poder-juiz-entre-bondade-justica>), no qual o



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
**RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760**

articulista, desembargador federal do TRF da 1ª Região e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, com rara precisão e notável conhecimento, demonstra os perigos do excessivo otimismo constitucional, alerta-nos a respeito da importância de se respeitar a liberdade de conformação do legislador, órgão legitimado democraticamente para as escolhas difíceis concernentes às prioridades nas alocações dos recursos públicos, à vista das inúmeras missões assumidas constitucionalmente.

Também merecem referência os lúcidos questionamentos feitos por GEORGE MARMELSTEIN, ao trazer "cinco pontos de reflexão sobre a judicialização da saúde" (<http://www.Direitosfundamentais.net>, acesso em 22/01/2016), ao mencionar alguns aspectos, entre os quais destacam-se (a) a desigualdade resultante de o judiciário ser instrumentalizado para que um determinado indivíduo obtenha prioridade de atendimento em detrimento de outros que aguardam uma lista de espera, sem que haja uma razão objetiva para a quebra da ordem cronológica; com a importantíssima ênfase de que o processo individual não está predisposto a, sem gerar injustiça, solucionar o problema mais profundo, estrutural, de insuficiência de vagas ou atraso generalizado (b) o desrespeito geral aos protocolos e às regras relativas à incorporação de novas tecnologias no SUS, causando a desintegração de todo um sistema que se pretende articulado e coordenado (c) a falsa compreensão de que o poder público tem o dever de prestar o melhor tratamento possível, sem levar em conta o seu custo-efetividade, critério legítimo – e adotado pelo Conitec nas decisões sobre a incorporação de novas tecnologias - ante a impossibilidade de se garantir o tratamento ótimo para todos, admitindo-se ainda que os direitos sociais são, por natureza, de realização progressiva (d) novamente, o descuido com a distinção entre problemas estruturais (vg. a demora para a aprovação de certo medicamento pela Anvisa, a demora para sua incorporação pelo Conitec, a desorganização para que o serviço seja globalmente eficaz, etc.), que não podem ser solucionados - sem gerar distorção - em lides individuais, e problemas naturalmente tuteláveis por essa última via, como o descumprimento do direito



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
**RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760**

subjetivo, individual, de um determinado cidadão.

Prosseguindo, o julgamento necessita de critérios, e estes foram, em linhas gerais, bem delineados pelo Relator no agravo regimental já referido, devendo-se examinar:

1º se existe política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, caso em que o Judiciário deve impor a prestação ao Poder Público, já que se trata de simples descumprimento das normas administrativas.

2º se não existe política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada, caso em que deve-se verificar:

a) a prestação de saúde pleiteada está registrada na ANVISA? existe vedação legal à entrega de tais prestações antes do registro (L. nº 6.360/76, art. 12), de modo que, se não houver registro, somente a título muito excepcional será deferida a providência judicial reclamada;

b) estando registrada na ANVISA, há que se aferir:

b.1) há tratamento fornecido pelo SUS, ainda que diverso do pleiteado pelo autor, para aquela moléstia? caso positivo, deve ser prestigiado o tratamento previsto no SUS - ressalvado apenas o caso de ineficácia ou impropriedade deste - uma vez que existem motivações para a política pública existente, como por exemplo (1) critérios científicos não comprovam a eficácia ou segurança da prestação de saúde pleiteada (2) parâmetros econômicos justificam a escolha do SUS, para não investir percentual excessivo dos recursos públicos no tratamento ótimo de apenas uma moléstia, já que o sistema deve efetuar a repartição eficiente do orçamento, a fim de realizar, na maior medida possível, o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde (tal estratégia está em consonância com o mandamento constitucional e, inclusive, encontra apoio na doutrina (ROBERT ALEXY) segundo a qual todo princípio deve ser observado na maior medida diante das possibilidades jurídicas e "fáticas" (é o caso da inexistência de recursos para propiciar-se o tratamento ótimo para todas as moléstias existentes).

b.2) há tratamento alternativo fornecido pelo SUS mas, no caso específico, esse



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
**RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760**

tratamento é ineficaz ou impróprio? a política pública não pode esvaziar o direito subjetivo da pessoa, de modo que, se o tratamento fornecido pelo SUS não é adequado, o Judiciário poderá, desde que motivadamente, decidir que medida diferente da incorporada no SUS deve ser fornecida.

b.3) não há tratamento fornecido pelo SUS? neste caso, se o tratamento pleiteado é experimental, não pode ser imposto ao SUS (trata-se de tratamentos ainda em pesquisa médica), mas se se trata de tratamento que simplesmente ainda não foi incorporado ao SUS, poderá ser imposto caso a não-incorporação consista em omissão administrativa indevida.

Tudo isso levado em conta, e não sem antes externar a óbvia consideração de que a prótese de cerâmica seria a ideal e a preferível para a autora no caso concreto, trazendo-lhe maior conforto pela menor necessidade de reoperações, reputo que os elementos dos autos comprovam com que ela não tem o direito de exigir do Poder Público o fornecimento da referida prótese.

Com efeito, cabe dizer que, na decisão de fls. 36/37, este juízo, com a premissa de todos esses (complexos) parâmetros para o julgamento, atribuiu à autora o ônus de apresentar nos autos relatório circunstanciado, confeccionado pelo médico que subscrevera a prescrição inicial (fl. 16), "indicando os motivos pelos quais, em seu caso específico, a prótese fornecida pelo SUS não lhe é [para a autora] própria".

Referida decisão não foi objeto de qualquer recurso, e a atribuição do ônus probatório, ali, está fundamentada no art. 373, I do Código de Processo Civil, tendo por objeto uma questão relevante para o julgamento, qual seja, se o equipamento alternativo fornecido pelo SUS, no caso específico, seria ineficaz ou impróprio (Itens b.1 e b.2 dos parâmetros acima indicados pelo juízo).

A autora, em cumprimento ao ônus que lhe foi atribuído, obteve o documento médico de fl. 44, que contém os seguintes dizeres: "**Paciente Zulmara Alves Ferreira, 46a, apresenta quadro de artrose coxofemural esq. Com [?] acetabular. Pela pouca idade da paciente está**





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
**RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760**

**indicado uma prótese importada, sem cimento, de cerâmica-cerâmica. Por não usar cimento e ter uma superfície de maior durabilidade indico essa prótese. Pois além de durar mais, há necessidade de menos reoperações".**

Com todas as vênias a entendimento contrário, pela leitura dos motivos apresentados pelo profissional, nota-se que a indicação da prótese não padronizada decorreu não da inadequação da prótese padronizada, mas sim da circunstância de que o médico entende preferível a prótese de cerâmica por sua maior qualidade, o que traz algumas vantagens ao paciente, em especial a maior durabilidade e, conseqüentemente, a necessidade de menos reoperações.

Entretanto, o fato de a prótese de cerâmica ser melhor não significa que a prótese padronizada é imprópria ou inadequada. Em realidade, esses motivos (maior durabilidade; menos reoperações) são ligados objetivamente e intrinsecamente aos materiais entre si, em nada relacionados com particularidades do organismo ou da doença que acomete a autora. Em se entendendo que, por essas razões, a autora deveria receber a prótese de cerâmica, estaria o Judiciário compelido a adotar a mesma solução em todos os casos (por coerência, integridade e estabilidade), na prática revendo a política pública de modo global e de maneira enviesada deliberando pela superação geral da prótese padronizada.

Todavia, como exposto no relatório de fls. 109/111, no período de 08.2010 a 07.2011 houve no Brasil 14.434 internações para procedimentos semelhantes ao que será realizado na autora, todas utilizando o material padronizado. Trata-se de um procedimento "rotineiro nos serviços de ortopedia", certamente também para pacientes da faixa etária da autora.

Como concluiu o médico auditor, "não há contra-indicação de prótese padronizada, mas sim a sugestão da mesma prótese em outro tipo de material que talvez ofereça menor, mas não se precisa se significativamente, número de reoperações" (fl. 111).

Cabe dizer que, oferecidas essas considerações técnicas pelo médico auditor, e intimada a autora a manifestar-se, ela trouxe outro documento elaborado por seu médico



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO CARLOS  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

assistente e que simplesmente reitera o contido na passagem anteriormente transcrita (fl. 117), sem acrescentar nenhum outro fundamento.

A conclusão que necessariamente se extrai, por imposição lógica e jurídica, é que, à luz dos parâmetros de julgamento acima apresentadas e da prova colhida, não há o direito da autora de exigir prótese em material distinto do padronizado, eis que este, mesmo que não seja ideal, é adequado. Como exposto anteriormente, mesmo no Estado Social de Direito instituído a partir da Constituição Federativa do Brasil, a implementação de prestações sociais voltadas aos bens jurídicos lá garantidos dá-se de maneira progressiva. Não há o direito de exigir do Poder Público prestações de saúde ideais, em contraste com a política pública estabelecida, se esta corresponde a uma alternativa compatível ao caso, porque a política pública é concebida não na perspectiva de melhor tratamento para cada caso isoladamente mas com base em avaliação de custo-efetividade, pensada em termos globais e não isolados, imprescindível para garantir a repartição eficiente do orçamento e promover, assim, o cumprimento do mandamento constitucional que garante o direito à saúde sempre por intermédio de ações universais e igualitárias. O que, em última análise, liga-se umbilicalmente ao princípio da isonomia.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação. Condeno a autora nas verbas sucumbenciais, arbitrados os honorários em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a Gratuidade da Justiça.

P.I.

São Carlos, 22 de março de 2018.