



**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**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

**SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1007990-83.2017.8.26.0566**  
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Tratamento Médico-Hospitalar**  
 Requerente: **LORIVAL APARECIDO MAZON**  
 Requerido: **"Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outro"**

Justiça Gratuita

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

Lorival Aparecido Mazon propõe ação contra Estado de São Paulo e Município de São Carlos aduzindo postula a imposição às partes rés da obrigação de fornecer a prótese de titânio individualizada na inicial.

Liminar indeferida.

O Município, em contestação, alega preliminar e, no mérito, que há próteses fornecidas pelo SUS, não necessitando o autor da de titânio.

O Estado, em contestação, aduz que a prótese de titânio não é padronizada, inexistindo a obrigação de fornecê-la.

Réplica oferecida.

Em saneamento, foram afastadas as preliminares e determinou-se a produção de prova pericial. Posteriormente, foi substituída a prova pericial pela oitiva do médico que prescreveu a prótese em juízo, possibilitando-se, alternativamente, a juntada de parecer da lavra do referido profissional.



**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**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Aportou aos autos parecer subscrito pelo fisioterapeuta que assiste o autor, sobre o qual manifestou-se a Fazenda Estadual.

O Ministério Público apresentou parecer final.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC-15, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas, valendo lembrar que, "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ, REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04/12/91).

As preliminares já foram superadas.

No 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 respeito, discorre LUIS ROBERTO BARROSO: "Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo - que paga os tributos - quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros." (in Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de



**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**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>)

A questão foi criteriosamente analisada pelo Min. GILMAR MENDES no 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 Min. GILMAR MENDES "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, 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 (ou, no caso dos autos, equipamento) que entenda necessário, 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 recente julgamento, ocorrido em 11.05.2017, proferido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) e referido pelo Prof. INGO WOLFGANG



**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**

**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

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 inexistam 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 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



**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**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

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 subjetivo, individual, de um determinado cidadão.

Prosseguindo, o julgamento necessita de critérios, e estes foram, em linhas gerais, bem delineados por GILMAR MENDES 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



**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**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

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 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.

**No caso dos autos, o Município, em contestação, trouxe documentos, conforme fls. 96/97, indicando a existência de próteses padronizadas, no SUS (ao custo de R\$ 3.502,80, ao passo que as pretendidas pelo autor custam entre R\$ 18.996,00 e R\$ 36.000,00), e que também seriam eficazes no caso do autor.**

**Essa alegação veio a ser confirmada, posteriormente, no curso da ação, vez que o próprio fisioterapeuta que assiste o autor, à fl. 167, menciona: "... o problema não é a qualidade do equipamento fornecido pelo SUS, mas sim a demora no seu fornecimento ... No caso do sr Lorival, o equipamento sugerido [em titânio], é em minha opinião, o que mais se**



**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**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

encaixa com suas características, entretanto a prótese que está em seu cadastro no programa OPM também trará benefícios em sua independência e qualidade de vida. Portanto, novamente ressaltando, o equipamento do SUS está adequado ao sr. Lorival, porém deveria ser fornecido o mais rápido possível, pois ele apresenta condições de uso e a demora no fornecimento está provocando redução da sua independência e qualidade de vida. "

Sendo assim, é de rigor a improcedência da demanda, pois o autor não tem o direito de exigir do Poder Público o fornecimento de um equipamento distinto do padronizado se este também lhe é eficaz.

Acrescente-se que não se pode impor, nestes autos, o fornecimento do equipamento padronizado, porquanto o pedido deduzido na inicial tem por objeto a prótese de titânio. Incorreria o juízo, nesse caso, e sentença *extra petita*, o que é inadmissível.

Mesmo assim, cabe dizer que não se deve confundir a inexistência da ordem judicial de fornecimento da prótese padronizada com a obrigação de direito material (que independe do processo) de fornecimento. Evidente que o autor, como usuário de saúde, tem o direito de receber o equipamento padronizado, independentemente da existência de processo judicial discutindo esse direito. A prestação do serviço público de saúde se dá oficiosamente. Espera-se, pois, que o autor não tenha de mover uma nova ação para ter acesso ao equipamento do SUS.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação, condenando o autor nas custas e despesas e honorários, arbitrados estes em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a AJG.

P.I.

São Carlos, 07 de fevereiro de 2018.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,  
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**