



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

VOTO N° 11.932 (vg)

AGRAVO N° 0.241.892-22.2011.8.26.0000

COMARCA: São Paulo

AGRAVANTE: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

AGRAVADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

JUIZ: Marcos de Lima Porta

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE NÃO GERA RISCO DE LESÃO DE DIREITO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO E NEM APARENTE AGREDIR O ORDENAMENTO JURÍDICO. Sistema público de saúde - Decreto Estadual que permite que vagas na rede pública sejam reservadas a pacientes com planos particulares de saúde. Legalidade duvidosa que recomenda que se aguarde o julgamento do mérito, para impedir prejuízo aos pacientes e aos cofres públicos. Duplo efeito negado e decisão mantida.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Tratam estes autos de agravo de instrumento contra a decisão copiada a fls. 161/162, que suspendeu temporariamente os efeitos concretos do Decreto 57.108/2011, o que proibiu a feitura de contratos de gestão com organizações sociais na área da saúde.

A decisão recorrida foi proferida liminarmente em ação civil pública que tem por fim a declaração de ilegalidade do referido Decreto e que ele não produza qualquer efeito concreto, sob pena de multa.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

Argumenta o Ministério Público que o Decreto atacado fará com que a rede pública de saúde passe reservar até 25% das vagas para pacientes que têm planos de saúde, em detrimento de quem não pode pagar por tais serviços; que as organizações sociais que atuam na área da saúde já recebem recursos públicos e por isso devem atender a todos indistintamente, em razão da universalidade; que há incompatibilidade no exercício dos sistemas público e privado de saúde nos mesmos estabelecimentos; que os sistemas podem coexistir e se complementar, mas cada um com sua especificidade, em estabelecimentos diversos.

A medida liminar foi deferida pelo juiz de primeiro grau e foi inicialmente mantida, como se vê da decisão copiada a fls. 264/270.

O Ministério Público respondeu ao recurso fls. 278/350, pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido do provimento parcial do recurso.

É o relatório.

Tenho reconhecido a legitimidade do Ministério Público para fazer uso da ação civil público até mesmo para a defesa do interesse de uma só pessoa,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

desde que o direito seja indisponível, como é o caso da saúde (vide apelação 9.188.283-73.2008).

No caso presente, que é defendida a coletividade, a situação não é diferente. Há legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para defender o direito aqui discutido.

A doutrina corrobora esse entendimento, segundo lição do insigne Pedro Lenza: "deve-se, portanto, não se restringir à literalidade do art. 129, III, da CF/88, que se refere somente a patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Isto porque, em primeiro lugar, à época da promulgação da Carta Magna ainda não existia no ordenamento pátrio a conceituação legal de interesse individual homogêneo, que só surgiu com o CDC. No mais, como visto, o art. 129, III, permite a ampliação das atividades do MP desde que seja para a proteção de interesses sociais e individuais indisponíveis. Foi o que fez o CC em seu art. 82, I, abrindo a possibilidade da atuação do MP na defesa de quaisquer dos interesses transindividuais, sejam eles difusos, coletivos *strito sensu*, ou individuais homogêneos, sendo que, para este último deve-se aferir a caracterização da dimensão social e coletiva do interesse a ser protegido."¹

Conclui-se, portanto, que deve ser reconhecida a legitimidade do Ministério Público para



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

propor ação civil pública em defesa de direitos individuais indisponíveis.

No mais, a finalidade do recurso de agravo não é o julgamento da legalidade do referido Decreto, pois esse é o objeto da ação civil pública onde foi proferida a decisão agravada.

O presente agravo tem por fim apenas decidir se deve ficar suspensa ou não, preventivamente, a aplicação do Decreto 57.108/2011, que regulamentou a Lei Estadual 1.131/10, de modo que sua finalidade é cautelar.

O caso em questão é de grande repercussão, não pela divulgação que a imprensa tem lhe dado, mas pela implicação que ele tem na vida de milhões de pessoa e por envolver recursos de cifras extremamente elevadas, especialmente numa área que tem grande importância na vida das pessoas: a saúde.

Pelas razões acima foi que estudei por vários dias antes de decidir a respeito da liminar. Além disso, fui procurado pelas duas partes, as quais atendi prontamente, sendo que com membros do Ministério Público falei por telefone, mas Procuradores do Estado e o próprio Secretário Estadual da Saúde me procuraram pessoalmente, onde os recebi no 6º andar do Palácio da Justiça.

Depois de ler e ouvir as duas partes, seus argumentos e fundamentos, proferi uma decisão que é longa



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

para os meus padrões, pois na concessão ou no indeferimento de liminares, em regra, costumo ser conciso.

Na decisão liminar eu disse do risco que seria para o sistema público de saúde permitir que organizações sociais fizessem um atendimento reservado aos pacientes portadores de planos de saúde nos estabelecimentos públicos por elas administrado.

Eu disse que aparentemente há quase uma incompatibilidade em ser feito no mesmo local (público) um atendimento de natureza pública e outro de natureza privada, já que suas características são bem distintas.

Entendi quando neguei o duplo efeito que:

A razão de ser da Lei estadual n. 1.131/10 e do decreto estadual n. 57.108, de 06 de julho de 2011 é permitir que os planos de saúde sejam obrigados a ressarcir pelo atendimento prestado aos seus clientes pelos serviços públicos de saúde.

De fato, é iníquo que as empresas de medicina de grupo recebam as prestações de seus clientes, mas na hora dos gastos, em especial os mais elevados (alta complexidade), a conta seja debitada ao setor público, que é mantido com o dinheiro dos contribuintes, inclusive daqueles contribuintes que não podem pagar pela medicina particular.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

A saúde é um dever do Estado, que pode ser exercida por particulares. Esse serviço público é universal, o que significa que o Estado não pode distinguir entre pessoas com plano de saúde e pessoas sem plano de saúde. No máximo, o que pode e deve ser feito é a cobrança contra o plano de saúde. Para que isso ocorra já existem leis permissivas e até mesmo princípios gerais de direito.

Porém, a institucionalização do atendimento aos clientes dos planos particulares, com reserva máxima de 25% das vagas, nos serviços públicos ou sustentados com os recursos públicos, pode criar uma anomalia que é a incompatibilização e o conflito entre o público e o privado, com as evidentes dificuldades de controle.

O Estado pretende que as organizações sociais, em determinados casos, possam agir como se fossem hospitais particulares, mesmo sabendo-se que algumas delas operam em prédios públicos, com servidores públicos e recursos públicos para o seu custeio! Tudo isso para justificar a meritória iniciativa de cobrar dos planos de saúde pelos serviços públicos prestados aos seus clientes. Porém, é difícil entender o que seria público e o que seria privado em tal cenário. E essa confusão, do público e do privado, numa área em que os gastos chegam aos bilhões anuais, é especialmente perigosa, valendo a pena lembrar que as organizações sociais não se submetem à obrigatoriedade das licitações nas suas aquisições.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

Só para citar um exemplo, as organizações sociais que contratassem com os planos fariam uma verdadeira concorrência desleal com os hospitais autenticamente privados, pois nestes os recursos são todos particulares. Como que um hospital que não recebe nada dos cofres públicos pode concorrer em igualdade de condições com outro hospital, gerido por uma organização social, que recebe elevados valores dos cofres públicos?

Outro aspecto é que as organizações sociais de saúde não podem ter fim de lucro. É o que diz a lei. Porém, a atuação delas no mesmo mercado dos hospitais particulares levaria a uma inevitável atuação empresarial no âmbito da saúde. Mais uma vez o público e o privado ficariam unidos de uma forma que aparentemente viola princípios constitucionais como moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. A própria isonomia seria seriamente ameaçada.

O dinheiro do plano interessa às organizações sociais para a ampliação de seus serviços, mas elas não podem servir ao mesmo tempo a dois senhores (planos de saúde e o Estado) com interesses tão opostos, ainda que atuantes na mesma área (saúde).

O paciente do SUS tem hoje atendimento. Pode não ser o atendimento ideal, mas ele está ao seu dispor, sem qualquer pagamento. O paciente dos planos de saúde tem a sua rede credenciada, que não lhe cobra porque



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

isso já está embutido nas mensalidades. Se ele precisar da rede pública, poderá utilizá-la sem qualquer pagamento, mas sem privilégios em relação a quem não tem plano.

A criação de reserva de até 25% vagas, no serviço público, para os pacientes de planos de saúde, aparentemente, só serviria para dar aos clientes dos planos a única coisa que eles não têm nos serviços públicos de saúde: distinção, privilégio, prioridade, facilidade e conforto adicional. Não é preciso dizer que tudo isso é muito bom, mas custa muito dinheiro. Quando o dinheiro é particular, tudo bem. Mas quando se trata de dinheiro público e com risco disso ser feito em prejuízo de quem não tem como pagar por tais serviços, aí o direito se considera lesado em princípios como igualdade, dignidade da pessoa humana, saúde, moralidade pública, legalidade, impessoalidade e vários outros.

Por tudo isso, entendo que não há fumaça do bom direito ou mesmo perigo na demora caso não ocorra de imediato a implantação de tamanha e perigosa mudança na saúde pública.

Não há urgência para as pessoas que não podem pagar pelos planos, pois não se crê que até o julgamento da ação civil pública a situação desses pacientes fique sensivelmente pior do que já está.

Não há urgência para os pacientes que têm planos de saúde, pois estes já têm seu atendimento



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

diferenciado na rede credenciada e igualmente estão sendo atendidos gratuitamente pelo sistema público, independente de qualquer proporção ou reserva.

A cautela com a Constituição e as Leis, assim como o respeito aos princípios fundamentais recomendam que seja mantida a decisão recorrida até o julgamento do mérito da causa. Até que isso ocorra, nenhuma das partes interessadas (organizações sociais, Estado, pacientes com ou sem plano) será prejudicada. O contrário é que poderia ser perigoso.

A decisão recorrida impediu a pressa na produção de efeitos maiores de um decreto que já tinha gerado a qualificação de pelo menos duas organizações sociais para contratação com planos de saúde e particulares.

A pressa na aplicação do Decreto no caso presente pode comprometer direitos sociais da maior importância, assegurados pela Constituição, como é o caso do atendimento médico às pessoas mais necessitadas, assim entendidas aquelas que não podem pagar por um plano de saúde.

E para prevenir tais graves lesões de direito é que deve ser provido o recurso em questão, a fim de ser mantida a decisão recorrida.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2ª Câmara de Direito Público

Em razão do exposto, repetindo a maior parte das razões que apresentei quando indeferi o pedido de duplo efeito, voto no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

JOSÉ LUIZ GERMANO

RELATOR