

A Judicialização do Tratamento Quimioterápico do Fármaco Osimertinibe Negado pelos Planos de Saúde e suas Consequências

*The Judicialization of Chemotherapy Treatment of the Drug
Osimertinib Denied by Health Plans and their Consequences*

Marcos Paulo Vieira Melo
Bernardo da Silva Seixas

Resumo: Este trabalho tem como objetivo, conhecer as principais causas que levam a abertura de ações para garantir o direito ao tratamento com a medicação Osimertinibe e analisar os reflexos de tal fenômeno no judiciário. A judicialização da saúde suplementar mostra-se como uma realidade cada vez mais comum, sobretudo diante de negativas de tratamento e procedimentos dos beneficiários de planos de saúde com a justificativa de não constarem no rol de procedimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), para isso utilizou-se uma pesquisa qualitativa, por meio de método hipotético-dedutivo de procedimento técnico bibliográfico e documental indireto. Assim para concluir definiu-se a importância do medicamento Osimertinibe para tratamento de câncer pulmonar, o rol vem causando prejuízo aos beneficiários dos planos de saúde e há um derrame de ações para cautelar o direito a saúde.

Palavras-chave: direito fundamental à saúde. Saúde suplementar. Judicialização. Rol de Procedimento da ANS.

Abstract: *This paper aims to know the main causes that lead to the opening of actions to guarantee the right to treatment with Osimertinib medication and to analyze the reflexes of such phenomenon in the judiciary. The judicialization of supplementary health is an increasingly common reality. , especially in the face of negatives of treatment and procedures of the beneficiaries of health plans with the justification of not being in the list of procedures of the National Supplementary Health Agency (ANS), a qualitative research using the*

hypothetical method was used. deduction of indirect bibliographic and documentary technical procedure. So to conclude we defined the importance of Osirnetinib drug for treatment of lung cancer, the list has caused harm to health plan beneficiaries and there is a spill of actions to protect the right to health.

Keywords: *right to health. Supplementary health. Judiciary. Role of ANS Procedure.*

1. Introdução

A Escolha do tema em questão se deu pelo fato que a cada ano, mais pessoas vem buscando no judiciário a obtenção do direito a tratamento médico e procedimentos de saúde muitas vezes negados pelas operadoras dos planos de saúde, tratamento esses com a eficácia garantida por estudos científicos e medicamento com registro na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Por sua vez as operadoras de planos de saúde, tem sua regulação através da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia federal vinculada ao Ministério da Saúde que tem a atribuição de controlar, fiscalizar e regulamentar a atividade do setor. Dentre as atribuições referidas, destaca-se a de determinar o limite mínimo de cobertura assistencial a que as operadoras devem se obrigar perante seus clientes, limite este determinado pelo rol de procedimentos elaborado pela referida autarquia. Ocorre que, no cenário jurídico atual, evidencia-se o fenômeno da “judicialização da saúde suplementar”. Por tal fenômeno, percebe-se um número cada vez maior de demanda de consumidores em face às operadoras de planos de saúde, na busca por tutelas assistenciais não contempladas no referido rol de procedimentos da ANS, pelas quais obtém, na maioria dos casos, resultados de procedências. Isso justifica, pois a relevância da discussão acerca dos impactos das negativas dos planos junto ao sistema judiciário brasileiro.

Os fundamentos utilizados pelo Poder Judiciário nas decisões de procedência em favor dos usuários de planos privados de assistências à saúde são diversos e merecem respeito, pois pautados em valores caros ao nosso direito, como no caso do direito fundamental à saúde e dos direitos do consumidor.

Como hipótese para tal questionamento, entende-se que há interferência das políticas de saúde suplementar no poder judiciário fortalece as políticas de direito do consumidor como norteador do judiciário, especialmente a equidade no acesso a bens e serviços. Para isso

levantamos como problema: Qual a justificativa e consequências da negativa do tratamento quimioterápico com Osinertinibe?

O estudo inicia pela descrição do direito constitucional à saúde, como sendo o dever do Estado, passando pela conceituação do sistema saúde suplementar e operadoras de planos de saúde e a permissão para atuarem no mercado, e assim figurando como objeto da relação de consumo. Em seguida, identificaremos os aspectos fundamentais acerca da legalidade da ANS na regulação do setor, mormente diante da promulgação da lei de planos de saúde (LPS) e da criação da ANS, com destaque à prerrogativa de elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde, referências básicas em relação às coberturas assistências devidas pelas operadoras de plano de saúde, em consonância com a referida LPS. Por fim, será analisado o fenômeno da judicialização da saúde suplementar e os principais fundamentos utilizados pelos tribunais superiores que embasam as sentenças nos tribunais brasileiros que dão procedências aos consumidores em detrimento às operadoras, fundamentos estes que passam pela caracterização do direito a saúde como direito fundamental, e pela aplicação das normas protetivas do CDC.

2. Sistema de Saúde

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Básica, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando à prevenção e a promoção da saúde.

A gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os Municípios. A rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde. Engloba a atenção básica, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica.

Conforme a Constituição Federal de 1988 (BRASIL,1988), a “Saúde é direito de todos e dever do Estado”. No período anterior a CF-88, o sistema público de saúde prestava assistência apenas aos trabalhadores vinculados à Previdência Social, aproximadamente 30

milhões de pessoas com acesso aos serviços hospitalares, cabendo o atendimento aos demais cidadãos às entidades filantrópicas.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é composto pelo Ministério da Saúde, Estados e Municípios, conforme determina a Constituição Federal. Cada ente tem suas responsabilidades.

Os princípios do SUS são: **Universalização**: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais.

Equidade: o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.

Integralidade: este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

Princípios Organizativos são: **Regionalização e Hierarquização**: os serviços devem ser organizados em níveis crescentes de complexidade, circunscritos a uma determinada área geográfica, planejados a partir de critérios epidemiológicos e com definição e conhecimento da população a ser atendida.

A regionalização é um processo de articulação entre os serviços que já existem, visando o comando unificado dos mesmos. Já a hierarquização deve proceder à divisão de níveis de atenção e garantir formas de acesso a serviços que façam parte da complexidade requerida pelo caso, nos limites dos recursos disponíveis numa dada região.

Descentralização e Comando Único: descentralizar é redistribuir poder e responsabilidade entre os três níveis de governo. Com relação à saúde, descentralização objetiva prestar serviços com maior qualidade e garantir o controle e a fiscalização por parte dos cidadãos. No SUS, a responsabilidade pela saúde deve ser descentralizada até o município, ou seja, devem ser fornecidas ao município condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras para exercer esta função. Para que valha o princípio da

descentralização, existe a concepção constitucional do mando único, onde cada esfera de governo é autônoma e soberana nas suas decisões e atividades, respeitando os princípios gerais e a participação da sociedade. Participação Popular: a sociedade deve participar no dia-a-dia do sistema. Para isto, devem ser criados os Conselhos e as Conferências de Saúde, que visam formular estratégias, controlar e avaliar a execução da política de saúde.

2.1. Sistema de Saúde Suplementar

A saúde suplementar convive com o sistema público, consolidado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), nascido a partir da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Assim define David, Andreino, Beghin, (2016, p 210):

Com o SUS, a saúde foi legitimada como um direito da cidadania, assumindo status de bem público. O sistema de saúde brasileiro seguiu a trajetória de outros países latino-americanos, entre os quais México, Chile, Argentina e Uruguai, desenvolvendo-se a partir da previdência social.

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a política de saúde brasileira sob a égide da máxima “Saúde: direito de todos, dever do Estado”.

Assim Mendes (2013, p.135) explana:

O direito à saúde foi reconhecido, então, como direito social, ou seja, as necessidades de saúde da população, independentemente da condição de ser ou não “trabalhador” formalizado, passaram a serem consideradas de interesse público e de caráter universal, com acesso igualitário aos serviços e custeio arcado com recursos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Hoje, o setor brasileiro de planos e seguros de saúde é um dos maiores sistemas privados de saúde do mundo, especialmente quando se considera a proporção em relação à saúde pública. A manutenção e a sustentabilidade das empresas que atuam no mercado da saúde suplementar são de interesse de todos, do Estado e da população. Somadas as premissas acima trabalhadas, pode-se concluir, com segurança, que a harmonização dos interesses das partes envolvidas nestas relações, além de constituir princípio legal, é algo a ser buscado com vista a garantir a própria solvência e a continuidade de tais operações e, mediatamente, garantir o acesso à saúde para uma grande e crescente parcela da população.

Vislumbrar a proteção do consumidor, não individualmente considerado, mas a partir de uma ótica coletiva, a partir dos pontos acima desenvolvidos, pode-se concluir como sendo

o melhor caminho a ser adotado pelas decisões judiciais. Dessa forma, ressalvadas situações excepcionais, se estará diante de uma proteção mais coerente, lúcida e efetiva dos consumidores, em consonância com o ordenamento inclusive a legislação consumerista e com vista à sustentabilidade longínqua desse sistema e dos serviços de saúde.

Conceito Conforme a Lei 9.656/98 (BRASIL,1998), operadora de plano de assistência à saúde é a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Planos de saúde oferecem aos beneficiários o serviço de assistência médica prestado por profissionais e estabelecimentos credenciados, de livre escolha de profissionais, hospitais e laboratórios.

Apesar de não ser a responsável direta pela prestação dos serviços, a operadora mantém relação com unidades de saúde, clínicas, laboratórios e profissionais de saúde com o único objetivo de disponibilizar os serviços destes sujeitos aos seus beneficiários e respectivos dependentes. Lícito concluir, portanto, que a operadora é quem controla, efetivamente, o processo de colocação dos serviços aos consumidores.

O indiscutível caráter consumerista da relação em debate atrai para si a inevitável solidariedade da cadeia de consumo quando se trata de responsabilidade dos prestadores da rede gerida pela seguradora, circunstância que se mostra determinante para se estabelecer a responsabilidade civil destas entidades nos casos de má-prestação dos serviços pela rede credenciada e, um dos fatores preponderantes para a judicialização da saúde suplementar.

Neste diapasão, jurisprudência pacificada no Superior.Tribunal de Justiça(STJ) admitindo que: “A operadora do plano de saúde responde perante o consumidor pela falha na prestação dos serviços médicos e hospitalares próprios ou credenciados”.

Coberturas usualmente negadas pelos planos – mas que podem ser obtidas por medidas judiciais: Cirurgia Bariátrica; Retirada de excesso de pele – tratamento de obesidade; Radioterapia IMRT; PET Scan; Exclusão de Próteses e Órteses; Home care; Tratamentos

quimioterápicos, esse último que será objeto de nossa pesquisa assim como as consequências da negativa dos planos de saúde junto ao judiciário.

3. Direito dos Portadores de Neoplasia Maligna (Câncer)

No presente capítulo, será discutido sobre o câncer, nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado de células. As causas de câncer são variadas, podendo se desenvolver por várias partes do corpo humano. Uma doença avassaladora que impossibilita a vida do ser humano. O câncer tornou-se um fator tão preocupante e tão rotineiro que a sociedade começou a se alertar a respeito do assunto, e o Estado a se responsabilizar diante de tal situação.

Uma doença maligna, o câncer destrói totalmente a vida do indivíduo, sendo ela psicológica, emocional, física e financeira. Sobre essa afirmação, Younes (2001,p15):

Conhecida cientificamente como neoplasia maligna é uma das doenças mais complexas com as quais a ciência médica já se deparou, pois ela se desenvolve em várias partes do corpo, como um tumor prejudicial que muda completamente a vida do ser humano.

Neste liame, não basta só o Estado fornecer os direitos dos portadores de câncer, é dever, também, dos agentes governamentais prestar informações claras e amparar os benefícios essenciais a eles. Esses benefícios vão da isenção de pagamento do Imposto de Renda, que incide na aposentadoria, ao auxílio doença, como também a quitação de imóvel, auxílio transporte, isenção de IPI, ICMS e IPVA na aquisição de veículos especiais, entre outros, que serão abordados a seguir.

Sobre esse prisma, para Barbosa (2012, p 233) “o direito de informação ao paciente não está só nos direitos amparados por benefícios, mas, também, o da informação a respeito do diagnóstico, tratamento e prognóstico de modo que preserve a sua integridade moral, emocional e psicológica”.

Portanto, seria essencial falar a respeito da importância dos direitos dos portadores de neoplasia maligna, englobando os direitos fundamentais à saúde, pois o câncer é uma doença que pode ser desenvolvida em qualquer cidadão, de qualquer classe social, sendo, hoje, uma epidemia que preocupa o mundo pela sua agressividade ao ser humano.

3.1 Portadores de Neoplasia Maligna (Câncer): direitos e garantias

Da simples leitura, percebe-se que a Constituição Federal vem regular os direitos e deveres do Estado perante a saúde, envolvendo todos que têm a responsabilidade de atuar para efetivar os direitos essenciais para estabelecer assistência, proteção e benefícios à sociedade.

Diante disso, a constituição traz, juntamente ao legislador, a responsabilidade do Poder Público na obrigação de garantir a prestação de assistência à saúde para toda a população brasileira, no descumprimento, devendo o Estado responder pelos danos que sofrerem os cidadãos, respondendo, civilmente, pelos danos causados.

Assim Barbosa (2012, p.372).diz “Entendimento que o acesso à justiça em nosso país é tão oneroso e desgastante que, muitas vezes, as pessoas preferem deixar de exercer os seus direitos para não ter que enfrentar a quase inacessível máquina estatal e seus intrincados trâmites burocráticos”.

Neste liame, pode-se observar que a realidade desses direitos é precária, pois muitos pacientes procuram o poder judiciário para ter acesso ao medicamento e ao tratamento. Diante do entendimento da Jurisprudência do Rio Grande do Sul, vem expor a busca do direito ao tratamento e ao medicamento, expondo que:

Ementa: APELAÇÕES-CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO-NÃO ESPECIFICADO. FORNECIEMNTO MEDICAMENTOS. TRATAMENTO DE CÂNCER. OBRIGAÇÃO DOS ENTES PÚBLICOS PELO ENCAMINHAMENTO AO CACON. 1. Qualquer dos entes políticos da federação tem o dever na promoção, prevenção e recuperação da saúde. 2. Dirigida a demanda contra o Estado e o Município, ainda que o fármaco postulado não seja fornecido pelo SUS, impõe a estes o dever de diligenciar no encaminhamento da paciente aos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs) ou Unidades de Alta Complexidade em Oncologia (UNACONs), para a realização do tratamento, sob pena de fornecimento do medicamento solicitado. 3. A inexistência de dotação orçamentária não pode servir de escusa à negativa de prestação, por ter sido erigida a saúde direito fundamental, constitucionalmente previsto. 4. Cabível a condenação ao pagamento das despesas processuais, na forma do decidido na ADI n.º 70038755864. 5. O valor arbitrado em sentença está de acordo com os parâmetros desta Câmara e com os vetores do artigo 20 do CPC, modo pelo qual não há falar em redução. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. UNÂNIME. (Apelação Cível N° 70056284318, Segunda

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 25/09/2013).

Assim, cabe aos pacientes entrar com ação contra os órgãos públicos para estabelecer seus direitos no fornecimento ao medicamento e tratamento ao portador de câncer. Qualquer um dos entes políticos da federação tem o dever na promoção, prevenção e recuperação da saúde, dirigida a demanda contra o Estado e o município, ainda que o fármaco postulado não seja fornecido pelo SUS.

Quando o Sistema Único de Saúde nega ou cria obstáculos para o fornecimento de medicamentos e deixa de cumprir uma obrigação imposta, é direito de o indivíduo acionar a justiça para garantir o seu estabilidade e saúde. O acesso à justiça não só garante a estabilidade ao tratamento e ao medicamento, mas a todos os direitos garantidos na lei. Para Barbosa (2012, p.372), o problema ocorre com o descumprimento da lei. Sobre isso, vem expressar que:

O grande problema é quando ocorre o descumprimento da lei ou interpretações desfavoráveis, pois de nada adianta uma complexa estrutura judiciária e legal se o cidadão não tiver como resolver efetivamente o seu problema [...] O acesso á justiça em nosso país é tão oneroso e desgastante que, muitas vezes, as pessoas preferem deixar de exercer os seus direitos para não ter que enfrentar a quase inacessível maquina estatal e seus intrincados trâmites burocráticos. [...] Para viabilizar o acesso á justiça existem em todos os Estados as Defensoria Publicas, cujos defensores – advogados- têm responsabilidade de assistir o cidadão.

Neste liame, quando o assunto é buscar o direito do acesso à saúde, muitos preferem esperar pela morte e não fazem eficácia aos seus direitos. O acesso à justiça em nosso país é tão oneroso e desgastante que, muitas vezes, as pessoas preferem deixar de exercer os seus direitos para não ter que enfrentar os quase inacessíveis órgãos públicos.

Principalmente quando a doença encontra-se num estágio avançado, tendo incômodos e dores, o paciente passa a ter prioridade, restam os cuidados paliativos do médico para ajudá-lo, visando alívio e conforto, melhorando, assim, a qualidade de vida do doente. Mas a realidade no sistema de saúde é o difícil acesso, os cuidados e direitos impostos aos pacientes que não são submetidos pelos governantes.

Contudo, o artigo de nº 1.211-A do Código de Processo Civil, redação dada pela Lei de nº 12008 de 2009, vem dar eficácia e agilidade aos procedimentos judiciais para pessoas

com idade superiores a 60 anos, ou portadores de doença grave, que terão prioridade de tramitação em todas as instâncias, assim, os processos de pessoas com doenças graves, como o câncer, têm prioridade quando entram na justiça para impor aos governantes e também ao SUS, medicamento, assistência médica, entre outros, têm prioridade judicialmente.

Para auxiliar a busca ao tratamento e ao medicamento, o portador de câncer tem direito ao recebimento de auxílio doença, independentemente do pagamento de 12 contribuições, desde que esteja na qualidade de segurado, ou seja, esteja contribuindo para a Previdência. O auxílio-doença contribui para as despesas do tratamento e, também, para os medicamentos que os órgãos públicos não fornecem. Assim, o paciente com neoplasia maligna deve comprovar sua incapacidade com declaração do médico que o assiste e que o acompanha, diariamente, e pelo médico perito do INSS.

Caso o pedido de benefício seja indeferido pelo INSS, o paciente poderá requerê-lo judicialmente. Para Barbosa, o auxílio-doença é o benefício devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou atividade habitual, por mais de 15 dias consecutivos, a critério da perícia médica da Previdência Social, por motivo de doenças, sendo garantido pela Lei nº 8.213/91, nos seguintes artigos 59 a 63, que trazem as normativas para se buscar o direito ao auxílio-doença, expressando que: “Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”.

Diante desses benefícios expostos pela Lei nº 8.213/91, traz-se, assim, o amparo ao portador de câncer, e quando não é imposto o auxílio-doença para o paciente por incapacidade e insuficiência, cabe a aposentadoria por invalidez. A pessoa deve comparecer à agência da Previdência Social mais próxima de sua residência e solicitar o agendamento da perícia médica para ter o direito ao auxílio-doença, sendo indispensáveis a carteira de trabalho ou os documentos que comprovem a sua contribuição ao INSS, além de declaração ou exame. O que fica demonstrado, por meio do Acórdão, o teor da ementa:

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXILIO-DOENÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. Possível a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, á qual se equipara o INSS, desde que existente prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação. A existência, nos autos, de relatório médicos atestando que a autora é portadora de neoplasia maligna da mama, comprova a necessidade de restabelecimento do auxílio-doença (AL-

AGRAVO DE INSTRUMENTO- 313342- Relatora:JUIZA THEREZINHA
CAZERTA-TRF3-OITVA TURMA-Data da decisão:02/03/2009).

Todos os benefícios que contribuem ao portador de neoplasia maligna (câncer) facilitam o tratamento, dando mais um bem-estar ao paciente que se encontra fragilmente abalado pela doença. Barbosa (2012, p 44), diz que:

A doença traz muita fragilidade, e muitos se entregam totalmente à doença, deixando o emprego e passando seu tempo mais no hospital, devido ao tratamento que toma muito o tempo do paciente. Por isso, a seriedade desses benefícios para a saúde do portador de câncer, que contribuem para o pagamento de remédios caros, transportes, entre outros benefícios que auxiliam o bem-estar do paciente.

O medicamento é a arma para o tratamento da doença cancerígena, mas, pela má administração dos governantes e pela falha na eficácia dos direitos, o paciente não tem acesso a tais medicações e também a tais benefícios. Por esse entendimento, é que o portador de câncer deve estar sempre informado, procurando a Secretaria Municipal de Saúde de sua cidade, em que o paciente é assistido, sendo apoiado pelo SUS deste mesmo município. Segundo Barbosa (2012, p195):

Para saber onde obter tais medicamentos devem-se buscar informações no serviço de saúde onde o paciente é assistido ou procurado a Secretaria Municipal de Saúde da Cidade onde reside, órgão responsável pelo SUS no município. Para os medicamentos excepcionais ou de alto custo, cabe aos estados adquiri-los e fazer a distribuição e ao Ministério da Saúde, por meio de um sistema informatizado de comprovação da aquisição e distribuição, fazer a transferência aos estados.

Deste modo, a seriedade dos benefícios para os portadores de câncer se faz presente em leis e órgãos que se responsabilizam a ajudar o acesso à saúde. Nesta argumentação, é de suma relevância destacar o artigo 203 da Constituição Federal e pela Lei nº 8.742/93, que ampara as pessoas com deficiência e os idosos com mais de 65 anos, é previsto pela Lei Orgânica da Assistência Social, conhecida por L.O.A.S, requerendo o benefício ao INSS. Desta forma, é de suma importância ressaltar o entendimento de Morais(2012,p 867), quando fala:

A assistência social será prestada á quem dela necessitar, independente de contribuição, pois não apresenta natureza de seguro social, sendo realizada

com recursos do orçamento da seguridade social, previsto no art.195, além de outras fontes, e organizada com base na descentralização política-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais á esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas ás esferas estaduais e municipais, bem como a entidade beneficente e de assistência social; e na participação da população, por meio de organização representativa, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

De tal modo, os benefícios contribuem para auxiliar a vida do portador de neoplasia maligna (Câncer), pois ao ser amparado pelo INSS, o paciente poderá se tratar de forma mais eficiente, tendo dinheiro para comprar remédios e para despesas hospitalares e pessoais. Para o paciente, o tratamento é fundamental e visa à retirada ou destruir o tumor visível, tentar ampliar a margem de segurança do terapêutico para além dos limites do tumor e garantir que não restam focos da célula cancerígena.

Os direitos assegurados aos portadores não são limitados somente nos benefícios inerentes ao auxílio-doença, ou aposentadoria, mas abrangem, também, as isenções e imunidades, que contribuem para o paciente que está em estado de fragilidade, direitos esses que preservam também a dignidade da pessoa, perante uma doença que traz fragilidade ao paciente.

3.2. Dignidade Humana do Paciente – Lei 12.732/2012

Os pacientes com neoplasia maligna encontram-se amparados no conforto da legislação brasileira, sendo protegidos nas garantias da assistência integral, tanto pelo Sistema Único de Saúde (SUS) como pelos planos de assistência médica e os benefícios, a exemplo de: aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, amparo assistencial, levantamento do FGTS, do PIS e do PASEP, isenção de imposto de renda na aposentadoria, isenção de ICMS, IPI, IPVA na compra de veículos adaptados, cirurgia de reconstituição mamária, quitação de financiamento imobiliário, processo judicial prioritário, transporte, hospedagem e alimentação durante tratamento fora do domicílio. Isso tudo para amparar a sua dignidade perante tais leis.

Desse modo, através do ordenamento jurídico, o paciente tem acesso a todos os seus direitos como medicamentos, atendimentos, benefícios e garantias para a manutenção da segurança de sua saúde, na forma curativa e preventiva.

Neste entendimento, diante de uma doença que está se tornando a principal causa de morte da população no mundo todo, o Brasil criou a Lei de nº 12.732/2012, que obriga o Sistema Único de Saúde (SUS) a iniciar o tratamento de pacientes com câncer em até 60 dias,

contatos do dia da descoberta do diagnóstico. A Lei determina que o paciente com câncer deverá receber do SUS, de forma gratuita, todos os tratamentos necessários para combater a doença.

Neste liame, o que se pode perceber é que a Lei 12.732/2012 vem impor mais rapidez no atendimento ao portador de neoplasia maligna, pois, quando isso não é imposto, o paciente fica a esperar, desenvolvendo mais rápido a doença, infligindo o princípio da dignidade da pessoa humana perante sua saúde. Neste entendimento, Barbosa (2012, p.365). vem expõe que: “Por fim, acrescentamos que o paciente de câncer, pelo profundo sofrimento que encerra a sua doença, além de todos os benefícios enumerados, tem direito não apenas a uma morte digna, mas, sobretudo, direito a uma vida digna”.

Ao analisar o passado, verifica-se o grande processo de transformação permanente, de modo a se ajustar as suas funções constitucionais, bem como as sociais. Em outras palavras, as normas têm sido obrigadas a rever as suas formas de cuidados sociais relacionados à saúde, primando a dignidade da pessoa perante doenças malignas.

Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana chega ao ápice dentro do ordenamento jurídico, uma vez que é à base de todos os direitos constitucionais. O interesse em proteger os direitos humanos e fundamentais é ainda maior, tomando grandes proporções dentro do mundo jurídico, dando ensejo à criação de vários instrumentos de defesa, como os Pactos Internacionais, assim como a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a fim de resguardar o ser humano, assim, “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, Art. I).

Neste entendimento, pode-se observar que o ser humano está resguardado de direitos, desta forma, o principal objetivo dessa Lei nº. 12.732/2012 é fazer jus à dignidade do paciente, principalmente, por se tratar de uma doença que destrói toda a estrutura do ser humano. Assim, para conservar tais direitos, o primeiro artigo, junto ao parágrafo único desta lei, vem falar que (BRASIL, 2012):

Art. 1º O paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, no Sistema Único de Saúde (SUS), todos os tratamentos necessários, na forma desta Lei.

Parágrafo único. A padronização de terapias do câncer, cirúrgicas e clínicas, deverá ser revista e republicada, e atualizada sempre que se fizer necessário,

para se adequar ao conhecimento científico e à disponibilidade de novos tratamentos comprovados.

Prezando que o paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, do SUS, todos os tratamentos necessários para o combate a sua doença, e para maior eficácia, a padronização de terapias, cirurgias e clínica devem ser sempre atualizadas por meio de pesquisas e conhecimento científico para o bem-estar do paciente e visando sempre a sua dignidade perante o seus direitos constituídos.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para garantir junto à Lei nº. 12.732/2012, o tratamento rápido e eficaz da doença, neste liame, expressou dando ao sujeito o direito de viver. Para Barbosa (2012, p368):

Deveriam os órgãos competentes do governo, nos três níveis – federal estadual e municipal -, tomar as providencia necessárias para que lhe fossem propiciadas, facilidades, algumas bem simples, que muitas vezes sequer implicam aumento de custo, mas apenas mudanças de posturas, de cultura e vontade política.

Diante deste entendimento, é de competência dos órgãos federais, estaduais e municipais tomarem providências que facilitem o acesso aos direitos disponíveis ao portador de câncer, que, muitas vezes, se tornam mais simples o diagnóstico e o tratamento precoce do que o tratamento com a doença já avançada. Além de facilitar o desgaste físico e emocional do ser humano, vislumbra a sua dignidade perante uma doença abalável. Tanto é verdadeira essa assertiva que a Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, III, o inscreve como princípio fundamental do Estado brasileiro. Assim define Moraes (2003, p25):

O conceito de dignidade humana, que se abriga em um conjunto de valores, inerente à defesa dos direitos individuais do homem, mas abarca em seu bojo toda uma gama de direitos, de liberdades e de garantias, de interesses que dizem respeito à vida humana, sejam esses direitos pessoais, sociais, políticos, culturais, ou econômicos, cabendo ao Estado garantir e preservar todos esses direitos ao ser humano, para, assim, o ordenamento jurídico junto à sociedade não entrar em conflito.

É notável que o sistema de saúde do Brasil esteja muito precário e em total estado de emergência. O câncer é uma doença rápida e que precisa de diagnóstico o mais breve possível, emergente. Não é preciso somente leis vigentes, mas governantes que efetivem esses direitos e reconheçam que é necessário ampliar o atendimento na rede pública para atender melhor ao paciente com neoplasia maligna – o câncer.

Neste entendimento, o artigo 2º e seus parágrafos da Lei 12.732 ensejam que o Sistema Único de Saúde tem o direito a se submeter ao primeiro tratamento no prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do diagnóstico e, nos casos de manifestações dolorosas, terá tratamento privilegiado e gratuito para tentar manter seu bem-estar.

Em muitos estados, o paciente demora mais de três meses para conseguir o tratamento de câncer, diante dessa nova Lei, se o paciente não conseguir iniciar o tratamento dentro do prazo estabelecido, poderá denunciar, e o Estado é obrigado a dar o tratamento mesmo sendo ele particular ou pelo SUS. Reflete a responsabilidade, diante, também, do artigo 3º, que, no descumprimento, a Lei sujeitará os gestores, direta e indiretamente, responsáveis às penalidades administrativas, sendo que o estado responderá pelo descumprimento da lei civilmente e até penalmente diante da responsabilidade e do estado grave do paciente.

Diante da Lei 12.732/2012, traz-se aos gestores responsáveis por cada unidade de atendimento a responsabilidade, sofrendo as penalidades administrativas pelos seus atos. Diante disto, a adequação não é opcional, mas, sim, obrigatória para todas as regiões.

Para dar efetividade à Lei 12.732 de 2012, o governo criou o Sistema de Informação do Câncer (Siscan). Trata-se de um sistema de armazenamento para os diagnósticos e todas as informações referentes ao paciente com câncer, estando disponível nas secretarias estaduais e municipais de Saúde. Mesmo com a advertência dessa recente Lei, é preciso muito mais do que a sua criação, mas sim sua efetivação nos Estados e municípios do Brasil. Desta forma, mostra-se necessário o incremento da participação da sociedade junto ao Estado para uma democratização política pública de inclusão social correta.

Portanto, é de grande seriedade discutir a respeito da vida digna para os portadores de doença grave como o portador de neoplasia maligna, trazendo, assim, os direitos essenciais promovidos não só pela relação médico-paciente, mas também pelo Estado e pela sociedade em geral no exercício da cidadania.

4. Judicialização da Saúde

Para o estado administrar os serviços de saúde é gerir recursos limitados. Surge, assim, o fenômeno da judicialização, constatando-se o elevado quantitativo de litígios que objetivam a prestação dos serviços de saúde. Assim Barroso (2011, p 360/361):

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as

instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Vive-se, hoje, uma explosão de litigiosidade. Desde 2009, temos a multiplicação dessas ações. Em 2011 ocorreu uma média de 100.000 demandas individuais quanto à judicialização da saúde. Em 2013, este número subiu para 368.000 demandas individuais. Estes dados são somente do sistema da união do qual não fazem parte todos os processos. Todo este quadro atual permite qualificar a judicialização da saúde como um dos grandes temas de debate do direito brasileiro.

Incumbe ao Poder Judiciário, em grande número dos casos tutelar a disponibilidade dos fármacos expostos acima, pois o SUS alega que não fazem parte de seu RENAME (Relação Nacional de Medicamentos). O paciente precisa entrar com uma ação na justiça para ser concedido este tipo de tratamento apesar de lhe ser assegurado constitucionalmente, pois o direito à saúde é direito à dignidade da pessoa humana, à sua integridade e ao seu bem-estar físico, mental e emocional.

5. Considerações Finais

A judicialização tem sido principal via de acesso a estes recursos biotecnológicos quando obedecidos os critérios de gravidade da doença, condição econômica do paciente insuficiente e comprovação de eficácia do tratamento pretendido. Compete ao médico que acompanha o paciente indicar a melhor terapêutica para ele e esta não pode ser questionada pelo juiz, pois se entende que ele é o único habilitado para determinar o tratamento adequado ao caso concreto.

Na oncologia, nos valores de hoje e com a atualização de novas drogas, o montante ainda é muito maior. Dados de tratamento com as principais drogas deixam qualquer orçamento de saúde pública defasada. São medicamentos caros que não costumam ser pagos pelo sistema público de saúde devido ao déficit na atualização das listas. O preço de uma dose de um anticorpo monoclonal varia de cerca de US\$ 1 mil, no caso dos mais antigos, a US\$ 26 mil, cobrados em gerações recentes.

Por outro lado, em 2013, foram gastos somente com decisões judiciais da ordem de 1 bilhão de reais e para o orçamento de 2015, tem-se uma previsão na análise de risco de três bilhões de reais o que corresponde a 4% do orçamento para saúde no Brasil que contribuem para a desorganização administrativa e financeira do poder público.

Por isso, é mais do que urgente que o Judiciário reconheça que não há meios para garantia do direito à saúde tal qual previsto na Constituição Federal, que não sejam através de

políticas. A proliferação e atuação constante da magistratura têm desencadeado sérios entraves embora continuem cotidianamente. E o simples fato da droga ser considerada de alto custo não justifica o estado passar anos sem rever suas padronizações e seguir negando o direito dos pacientes mudarem suas histórias através do benefício dos resultados oferecido por estas terapias.

A quimioterapia com o medicamento Tagrisso (Osimertinibe), aprovado pela Anvisa para tratamento de câncer de pulmão, é abusivamente negada pelos planos de saúde e a única solução para o paciente ainda é recorrer ao Poder Judiciário, por meio de um pedido de liminar.

Com a evolução da medicina e da tecnologia, muitas substâncias empregadas no tratamento quimioterápico passaram a ser sintetizadas na forma de comprimidos e, como a Lei dos Planos de Saúde autorizava a exclusão de cobertura de medicamentos orais, as operadoras negavam a cobertura de qualquer pedido de quimioterapia oral, mesmo o contrato tendo expressa previsão de cobertura para quimioterapia.

Em 2013, a Lei foi alterada, passando a determinar que tais medicamentos quimioterápicos orais fossem cobertos e, nessa ocasião, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) criou uma lista de medicamentos orais que passaram a ter cobertura obrigatória pelos planos de saúde.

O problema foi resolvido em parte, mas as operadoras continuam a negar a cobertura desses medicamentos quando não constam desse rol da ANS.

Essa negativa de cobertura é abusiva, pois a Lei não limitou a cobertura de quimioterápicos orais apenas àqueles que constarem do rol da ANS e a norma da ANS não pode se limitar o alcance da Lei. Além disso, o Poder Judiciário já firmou entendimento consolidado de que o rol de procedimentos e de medicamentos da ANS é meramente exemplificativo, não podendo o plano de saúde negar a cobertura do tratamento apenas porque não consta desse rol.

O remédio Tagrisso, que é um quimioterápico oral de custo muito elevado, não consta dessa lista da ANS e, por esse motivo, as operadoras não autorizam a cobertura do tratamento, razão pela qual o paciente acaba, na maioria das vezes, ajuizando ação judicial para conseguir o tratamento.

Muito embora uma ação judicial possa tramitar de forma lenta, é possível pleitear ao juiz uma liminar. A liminar é um requerimento feito ao juiz quando há urgência e, no caso de pacientes com câncer, essa urgência é evidente. Ajuizada a ação com pedido de liminar, o juiz se manifestará sobre esse pedido em poucos dias, muitas vezes até no mesmo dia em que a

ação foi ajuizada. Com o deferimento da liminar, o juiz determina que o plano de saúde disponibilize o medicamento para o paciente imediatamente, possibilitando assim que o tratamento seja iniciado, de forma a não causar danos ao paciente enquanto aguarda o desfecho do processo.

Advogados já ajuízam diversas ações para garantir a cobertura desse medicamento Tagrisso (Osimertinibe) para pacientes que não conseguiram a autorização do plano de saúde de forma voluntária e assim garantem o direito mais valioso garantido pela constituição ,o direito a vida.

Referências Bibliográficas

ARNAUD, André Jean; CAPELLER, Wanda. **Cidadania e direito à saúde**. Disponível em: . Acesso em: 21 abr. 2011.

BARBOSA, Antonieta. Câncer: **Direito e cidadania**. 14º ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

BRASIL . **Constituição Federativa do Brasil** , 1988 - **Vade Mecum. Acadêmico de direito** – Anne Jouce Angher, organização, - 17ª ed. São Paulo: Rideel, 2017.

_____.**Constituição federativa do Brasil/1988**, site: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso 21/04/2019.

_____.**Lei de Planos e Seguros Privado de Assistência** 9.656/1998, site: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm acesso 25/04/2019

_____.**Lei de Proteção ao Consumidor** lei 8.078/1990 , site www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm acesso 27/04/2019

BOTTESINI, Maury Ângelo. **Lei dos Planos de Saúde**: comentada artigo a artigo, doutrina, jurisprudência. 2 ed. ver. ampl. e atual. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo:Saraiva, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica e Legislação dos Conselhos de Medicina**. Disponível em: . Acesso em: 1º jun. 2012.

COSTA, André Marques de Oliveira. **A Saúde é direito de todos e dever do Estado**. Disponível em: . Acesso em: 27 abr. 2011.

CSBOC. **Cartilha da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica** - Cartilha dos Direitos dos Pacientes Oncológicos, 4ª edição, 2011. Disponível em: Acesso em: 25 out. 2013.

DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. **Direito a medicamentos: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do sistema único de saúde entre 2008 e 2015**. 1. ed. Brasília: Inesc, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7º volume, 21. Ed. Ver. Eev. E atual. De acordo com a Reforma do CPC, - São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1995, vol. 3. Tratado Teórico e Prático dos Contratos; São Paulo, Saraiva, 1993, vol 1.

EBA. **Responsabilidade Civil do Estado Por Omissão do Sul**. Disponível em: . Acesso em: 18 ago. 2013.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. **Plano de Saúde e direito do consumidor**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar : manual jurídico de planos e seguros de saúde**. - São Paulo : MP Ed., 2006.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. – (Biblioteca de direito do consumidor; v. 31).

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA. **Portadores de Câncer tem benefícios especiais**. Disponível em: . Acesso em: 18 ago. 2013.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Código de Defesa do Consumidor (1990)**: Lei 8.078/90. – Rio de Janeiro: DP&A, 2005. 8 ed.

MAGALHÃES, José Luiz **Quadros de. Direito Constitucional**; 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional** – 28. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Da Relação Jurídica Médico-Paciente: Dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. Mestrando em Direito Privado pela PUC-MG. Disponível em: . Acesso em: 30 ago. 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. Ed.rev. atual e ampl –Rio de janeiro: Forense, São Paulo: Método. 2010.

PESSINI, Leo. Eutanásia: **Por que abreviar a vida?** São Paulo: Centro Universitário São Camilo.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70055171151, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 26/09/2013)

SANTOS, José Wilson dos; BARROSO, Ruselel Marcos B. Manual de Monografia da AGES: graduação e pós-graduação. Aracaju: Sercore, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 5.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2005

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THOMASI, Tanise Zago. **Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul**, 2009. Disponível em: . Acesso em: 30 março 2019

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: . Acesso em: 18 fev. 2019.

YOUNES, Riad Naim. **O Câncer**. São Paulo, 2001.

Autores

Marcos Paulo Vieira Melo

Administrador Hospitalar e pós-graduado em Gestão em Saúde pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM); graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

Bernardo da Silva Seixas

Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/BAURU). Especialista em Processo Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa - Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor Universitário da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e CIESA. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Advogado licenciado.