



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO SOBRE A
DISCREPÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUANTO AOS PARÂMETROS
TRAÇADOS PELAS CORTES SUPERIORES

Isabela Benevides Monteiro

Rio de Janeiro
2021

ISABELA BENEVIDES MONTEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO SOBRE A
DISCREPÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUANTO AOS PARÂMETROS
TRAÇADOS PELAS CORTES SUPERIORES

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

O ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO SOBRE A DISCREPÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUANTO AOS PARÂMETROS TRAÇADOS PELAS CORTES SUPERIORES

Isabela Benevides Monteiro

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – o direito à saúde, embora constitucionalmente esculpido como um direito fundamental de segunda dimensão, se apresenta de forma complexa, abrindo margem para diferentes interpretações quanto à magnitude de sua efetividade. Ainda que o aspecto teológico da legislação pátria seja o de fornecer uma garantia especial à sua concretização, cada vez mais torna-se evidente a incidência de teses orçamentárias que visam mitigar a prestação positiva à saúde por parte da administração pública. A essência do trabalho é abordar os deslindes do direito à saúde, verificar as posições dominantes das Cortes Superiores e a atenção dos Tribunais cariocas aos precedentes vinculados por elas.

Palavras-Chave – Direito Constitucional. Saúde. Reserva do possível. Sistema Único de Saúde. Medicamentos. Jurisprudência. Cortes Superiores.

Sumário - Introdução. 1. A polarização entre o direito constitucional à saúde e a teoria da reserva do possível como óbice ao fornecimento de medicamentos. 2. A posição das Cortes Superiores quanto às demandas de saúde: como o Poder Judiciário deve agir quando acionado. 3. A insegurança jurídica e a violação ao princípio da isonomia ante as discrepâncias entre decisões judiciais em demandas de saúde no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica, cujo tema norteia o crescente ativismo judicial quanto à materialização do direito à saúde ao hipossuficiente financeiro, busca discutir a discrepância contida nas decisões judiciais de demandas salutaras quando comparadas aos parâmetros traçados pelas Cortes Superiores. Procura-se demonstrar que a inércia do Poder Público contribui para uma judicialização excessiva deste direito social, com o fito de compelir o Estado a fornecer a prestação positiva incumbida a ele, porém, não obstante, encontra óbices em provimentos judiciais conflitantes.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir debater sobre a necessidade de que a primazia pela segurança jurídica e pelo cooperativismo judicial permeie todas as instâncias do Poder Judiciário, com fito de salvaguardar uma igualdade material a todos os seus tutelados, quando necessária a determinação de que o Estado promova adequadamente um direito que é inerente ao indivíduo.

O Poder Constituinte celebra a saúde como um direito fundamental de segunda dimensão, o positivando como um dos atributos indispensáveis à vida digna do cidadão, sendo imprescindível uma gama de ações positivas por parte do Estado (lato sensu) para a sua concretização de forma universal, irrestrita e isonômica a todos os seres humanos, sem discriminação.

No entanto, a latente omissão dos Entes Federados, no tocante à dispensação de medicamentos imperiosos àqueles que não possuem os meios para custeá-los, contribui diretamente para o aumento do ajuizamento de ações judiciais aptas a proporcionar a sua aquisição pelo administrado, com base na inafastabilidade da jurisdição. Em contrapartida, merecem notoriedade as variadas decisões que, consubstanciadas em argumentos orçamentários, limitam a atuação estatal na efetivação de um direito intrinsecamente ligado à vida; ainda que seja outro o posicionamento adotado pelas Cortes de Superposição.

O tema é contravertido tanto na doutrina quanto jurisprudência dos tribunais pátrios, haja vista ser delicada a busca pelo balanceamento entre o direito à saúde e, por conseguinte à vida, em contraposição ao risco de uma oneração excessiva dos cofres públicos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão do direito à saúde em sede constitucional, discutindo-se o conceito doutrinário do que seria a “reserva do possível”, de modo a demonstrar que aquele deve se sopesar sobre este, quando utilizado como argumento para obstar o fornecimento de medicamentos, padronizados ou não, por parte do Estado.

Prossegue-se, no segundo capítulo, explicitando os parâmetros adotados pelas Cortes Superiores, em recentes julgados, quanto à atuação do Poder Judiciário no enfrentamento das excessivas demandas de saúde, cujo enfoque seja a postulação do custeio de medicamentos feita pelo hipossuficiente financeiro. Reafirmando, em sua maior proporção, que a efetivação de um direito fundamental como a saúde não deve ser mitigado em face dos limites orçamentários, mas sim, primordialmente agraciado perante estes.

O terceiro capítulo faz uma análise acerca da consequente insegurança jurídica fomentada por decisões judiciais prolatadas em contrassenso aos critérios perfilhados pelas Cortes Superiores em sede de demandas salutaras, especialmente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Assim, irá se averiguar a ausência de isonomia conferida à diferentes autores de tais ações, pois, em que pese terem preenchidos os requisitos por aquelas estabelecidos, não logram êxito em conseguir a prestação jurisdicional que, muitas vezes, serve como sua última opção.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, a que se pretende eleger hipóteses as quais acredita serem viáveis e adequadas para enfrentar o objeto da pesquisa, com o objetivo de rejeitá-las ou comprová-las.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, tendo em vista que se pretende valer da bibliografia pertinente à temática em foco, qual seja, a legislação correspondente, livros de doutrina, revistas de artigos jurídicos, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

1. A POLARIZAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Após longa maturação histórica, entendem-se como direitos fundamentais as normas jurídicas intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana, correspondentes aos valores básicos e imprescindíveis de proteção normativa privilegiada, haja vista serem necessários para o desenvolvimento do indivíduo e, portanto, inegociáveis no jogo político.

O objeto central deste trabalho de pesquisa estabelece como ponto nodal o segundo grupo integrador do conceito de direitos fundamentais, notoriamente descritos como “direitos sociais”, cuja origem história jaz na crise do Estado Liberal e na consagração do Estado Social de Direito; ocasião em que se deixa de lado a visão abstencionista estatal, priorizando a necessidade de sua intervenção para reduzir as desigualdades socioeconômicas presentes na vida em sociedade.

Nesta paisagem, tem-se o direito à saúde, esculpido como um direito social na ordem constitucional desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, precisamente em seu artigo 10^o¹, hoje consolidado no artigo 6^o² e disciplinado pelo artigo 196^o³, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Encarado como uma norma pragmática, isto é, detentora de baixa efetividade e carente de planos políticos de ação que definam metas e finalidades para a sua concretização, o direito a saúde impõe ao Estado o dever de atuar positivamente na ordem econômica e social,

¹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 9 out. 2020.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 out. 2020.

³ Ibid.

considerando que a mera consagração no texto constitucional de tal preceito não significa de imediato a sua concretização no mundo real. Neste sentido, Gilmar Mendes⁴ leciona:

Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Bernardo Gonçalves Fernandes⁵, entretanto, entende que a qualificação dos direitos sociais, como a saúde, em normas programáticas por vezes contribui para a sua desproteção diante das omissões estatais, o que não se coaduna com o sistema de direitos fundamentais cuja aplicação seria imediata, segundo o texto constitucional.

Assim, embora imperioso o entendimento acerca de uma responsabilidade Estatal múltipla⁶ na garantia e efetividade deste direito, a necessidade de criação de condições objetivas que visem a sua materialização é facilmente olvidada pelo legislador e pelo poder público; os quais, muitas vezes, emanam a construção doutrinária chamada “cláusula da reserva do possível” como limite para a sua implementação.

Tem-se que o objetivo da referida cláusula seria o de regulamentar a restrição dos recursos disponíveis para o cumprimento dos direitos sociais, haja vista estar-se diante de necessidades impossíveis a serem supridas, pois opostas à disponibilidade financeira dos cofres públicos; cabendo à Administração Pública a conveniência e oportunidade de realizar os atos físicos de administração, dentre eles a efetivação dos direitos de segunda dimensão.

A priori, não se busca aqui a desconsideração da escassez de recursos públicos que assola o cenário socioeconômico brasileiro, tampouco o apelo ilusório à possibilidade de que o Estado forneça e consagre todos os direitos individuais e sociais existentes, considerando que tamanhas prestações positivas são dependentes de recursos limitados à esfera da discricionariedade das políticas públicas e das previsões orçamentárias.

No entanto, é cediço que um dos mais importantes desafios aos modernos sistemas de saúde é a alocação de recursos, pois, na realidade, milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência destes, mas por sua má distribuição.

⁴ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 142.

⁵ FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 890.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.178 (Tema 793)*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 10 out. 2020.

Deste modo, não há falta de numerário, mas sim de adoção de uma política que priorize o cumprimento de metas do superávit – o qual contribui para o aumento da dívida social, o sucateio do patrimônio público e a redução drástica dos recursos de programas e serviços essenciais – e o investimento do dinheiro contingenciado do Orçamento da União para o pagamento de juros das dívidas, pois é a população quem sofre diretamente com a falta de recursos em áreas essenciais, como educação, saúde, segurança pública e habitação.

De igual modo, Fernandes⁷ reconhece que a “reserva do possível” nada mais é do que um argumento falacioso, visto que, se os recursos são incontroversamente reconhecidos como insuficientes, deveriam ser retirados de áreas menos importantes do ponto de vista do interesse público, como é o caso de transporte, fomento, entre outros, para aplicá-los em áreas imprescindíveis de atuação estatal, como a saúde, a vida e a integridade física.

Para tanto, vislumbra-se a oportunidade de se provocar o Estado-Juiz para que este possa, através de uma atuação ativa e destemida, atender efetivamente aos comandos constitucionais – sendo necessário, neste caso, um processo de ponderação a ser instrumentalizado pela proporcionalidade no âmbito do Poder Judiciário, uma vez presente o conflito entre um direito subjetivo *prima facie*, ou seja, à luz do caso concreto, e outro direito, como o da reserva orçamentária. Ressaltando-se, entretanto, que a solução de tal conflito deva ocorrer por meio de uma leitura cuidadosa da sociedade e seu histórico jurídico.

Neste diapasão, Fernandes⁸ explicita a dinâmica de aplicação do direito à luz da integridade pelo uso de uma metáfora, denominada como “romance em cadeia”. Para ele, o magistrado, ao qual é incumbido o papel de resolução dos conflitos, deve assumir o posto de romancista na confecção de um capítulo para uma obra que é coletiva. Ou seja, a decisão judicial proferida deve ter ligação com o passado e, da mesma forma, permitir uma abertura para o futuro, de maneira que a sua leitura dos fatos alcance o mais acertado direito para determinado caso concreto.

Logo, a partir do contexto social em que a saúde se encontra inserida, aproxima-se da ideia de que a Administração Pública deva, sim, dispor de todos os meios necessários para preservar o seu acesso, em razão do mandamento constitucional que versa sobre o fornecimento de assistência integral e universal a todos, detido por uma coletividade que possui a prerrogativa de levar uma vida digna.

⁷ KRELL apud FERNANDES, op. cit., p. 895.

⁸ DWORKIN apud FERNANDES, op. cit., p. 208.

Para melhor entendimento, o Ministro Celso de Mello⁹, ao reconhecer que o direito a saúde possui aplicabilidade imediata à luz constitucional, tornou claro que o caráter programático do direito à saúde possui por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, de maneira que não pode aquele se tornar uma promessa constitucional inconsequente, sob pena da frustração de justas expectativas depositadas pela coletividade quanto ao cumprimento de seu impostergável dever.

2. A POSIÇÃO DAS CORTES SUPERIORES QUANTO ÀS DEMANDAS DE SAÚDE: COMO O PODER JUDICIÁRIO DEVE AGIR QUANDO ACIONADO

A partir da ótica de que discorrer sobre o direito à saúde significa, direta e indiscutivelmente, debater sobre o direito à vida, é notório o nascimento de uma temática que é constantemente condicionada ao entendimento das Cortes Superiores, seja pelo exame de ações civis públicas, incidentes de resolução de demandas repetitivas, teses de repercussão geral, entre outros instrumentos.

Extraí-se, igualmente, das extensas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as mais variadas questões acerca da consagração deste direito social que foram levadas aos seus olhares, como, a título de exemplo, 1) a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos por parte do Estado; 2) a imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamentos à pessoa desprovida de recursos financeiros; 3) o fornecimento de medicamentos não listados pelo SUS; 4) o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de alto custo.

Bernardes¹⁰ suscita que o maior embate em saber se há um direito subjetivo ao recebimento de medicamentos por parte do Estado primeiro se desemboca em meados da década de 1990, visto a quantidade do ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário postulando o recebimento de insumos por parte do poder público, especialmente no caso de pacientes diagnosticados com AIDS, câncer, cirrose, doenças autoimunes, doenças renais, entre outras.

Em tal esteira, é certo que o Supremo Tribunal Federal, desde então, assume um papel favorável em prol do deferimento contextualizado das pretensões medicamentosas, seja por

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 271.286-AgR*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20271.286-AgR,&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁰ FERNANDES, op. cit., p. 920.

evidenciar a responsabilidade solidária dos entes da Federação para com o direito fundamental à saúde (tema 793)¹¹, como por assegurar o bloqueio de verbas públicas necessárias à garantia e consagração deste direito fundamental de segunda dimensão (tema 289)¹², ou ainda, por viabilizar a imposição de multa diária (astreintes) a ente público, de forma a compeli-lo ao cumprimento da obrigação positiva que é a prestação ao direito à saúde (tema 98)¹³.

Por sua vez, no que tange à responsabilidade estatal quanto a dispensação de medicamentos não disponíveis pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Superior Tribunal de Justiça dirimiu a controvérsia ao consignar que seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente cunhado para a garantia de direitos fundamentais, pudesse ser utilizado por parte do poder público como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

Em seu tema de n. 106¹⁴, foram definidos três critérios e requisitos necessários para o deferimento de demandas fora do escopo do SUS, a serem respeitadas pelos demais Tribunais brasileiros, com atenção à modulação dos efeitos da decisão para processos distribuídos a partir de 4 de maio de 2018:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e a iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Salienta-se que a redação do item de nº 3 foi alvo de modificação após o provimento de embargos de declaração opostos, providos para conferir a possibilidade excepcional de exigência da disponibilização de medicamento para uso *off-label* pelo paciente. Isto é, o uso fora da indicação pela bula, desde que este tenha sido autorizado pela ANVISA, superando, assim, o antigo entendimento que impossibilitava totalmente a exigência de medicamento para uso *off-label* em face do poder público.

¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 607.582*. Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<https://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>>. Acesso em: 12 mar. 2020

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.474.665*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271474665%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271474665%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271474665%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271474665%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 12 mar. 2020

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.657.156*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 13 mar. 2020

Tremenda iniciativa acabou por desencadear no Supremo Tribunal Federal o julgamento sobre a possibilidade do custeio ou fornecimento de medicamentos que não se encontram registrados pela ANVISA, a serem cobrados dos Entes Federados. Considerando se tratar de agência responsável pela vigilância sanitária de medicamentos, cuja criação se deu pela Lei nº 9.782/99¹⁵, o entendimento proferido regrou a impossibilidade da dispensação de medicamento sem o respectivo registro.

No entanto, tornou possível a sua exigência excepcionalmente em caso de mora irrazoável, qual seja aquela superior a 120 dias em carga prioritária ou 365 dias em carga ordinária¹⁶, por parte da ANVISA na apreciação do registro do medicamento, desde que preenchidos os requisitos cumulativos:

- i) A existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrararas; ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e a iii) inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Por outro lado, igualmente afetado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, julgou-se impossível a exigência do tratamento de alto custo por parte do poder público; ainda em discussão, entretanto, quanto à excepcionalidade em caso da imprescindibilidade de seu uso¹⁷. O Ministro Marco Aurélio, ao citar Roberto Nobbio em seu voto, volta sua atenção ao grande problema de nosso tempo em relação aos direitos humanos, não sendo o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los.

Enfatizou-se o envolvimento de direito implícito, pré-constitucional e pré-estatal, inerente à condição humana digna e fundamentado na realidade, de maneira que a essencialidade de certos medicamentos, quando necessários ao exercício pleno do direito à saúde, deve ser sobreposta às reservas orçamentárias; independentemente do alto custo dos remédios ou da ausência de sua previsão em listas elaboradas no âmbito da Política Nacional de Medicamentos ou do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.411*, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566.471*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>>. Acesso em: 14 mar. 2020

Já o Ministro Luiz Roberto Barroso, em seu voto, sustenta a clara necessidade do Estado em salvaguardar o direito à saúde, desde que consciente da impossibilidade de se impor à administração pública o custeio de todo e qualquer medicamento ou tratamento.

Vislumbra-se, assim, uma temática sensível, porém, em sua maior parte, dotada de parâmetros vinculantes pré-estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça favoráveis às demandas salutaras, cabendo aos tribunais de piso a sua aplicação, de maneira a evitar decisões conflitantes às Cortes de Superposição; com a consequente análise casuística de casos concretos permeados por relações jurídicas ainda ausentes de precedentes jurídicos sólidos, sob a luz dos preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. A INSEGURANÇA JURÍDICA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ANTE AS DISCREPÂNCIAS ENTRE DECISÕES JUDICIAIS EM DEMANDAS DE SAÚDE NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Em que pese o direito à saúde ser um corolário do direito à vida e, portanto, repetidamente discutido em sede de formação de parâmetros jurisdicionais pelas Cortes Superiores, vislumbra-se, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, notória discrepância quanto a atuação dos juízos federal e estadual no que tange à aplicação dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em questões salutaras.

Apesar da ampla e solidificada jurisprudência de que a saúde deve ser prestada de forma integral, mesmo que às expensas da Administração Pública e especialmente nos casos em que esta perpetua a se beneficiar da inércia na implementação de políticas públicas eficazes para assegurar o previsto na Carta Maior, a Justiça Federal do Rio de Janeiro possui flagrante descompasso, explicitado pela prolação de decisões monumentalmente contrárias às posições dominantes entre as Cortes.

Conforme exposto em capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal, no debate de Tema nº 106¹⁸, tornou clara a possibilidade de se pleitear do Estado (*lato sensu*) a dispensação de medicamento para uso *off-label*, isto é, fora de previsão específica na bula; de maneira que a ausência de tal previsibilidade não deve ser motivo para negativa de cobertura do tratamento, desde que comprovada a sua imprescindibilidade ao paciente por laudo médico de quem acompanhe o caso clínico, a ineficácia diante dos insumos disponibilizados pelo SUS, a

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

incapacidade financeira para o custeio do medicamento e o registro do respectivo fármaco na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Não obstante, a 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro indeferiu o pedido de tutela provisória realizado por paciente acometido por doença grave e rara, cujo objeto seria a dispensação de medicamento específico para uso *off-label*, indicado pelo profissional de saúde que o assiste, como forma latente para o controle de enfermidade nova e surpreendente, com notas de sucesso em estudos clínicos pediátricos fora do Brasil.

A decisão¹⁹, apesar de mencionar o paradigma vinculante traçado pelo Supremo Tribunal Federal, o afasta deliberadamente, sob o argumento de que o uso do medicamento pelo paciente não seria indicado pela bula – acabando por desconsiderar, de forma descompensada, o próprio significado de uso *off-label*.

Tal provimento judicial²⁰ foi, eventualmente, revertido em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mediante o provimento recursal da tutela provisória requerida pelo paciente. No entanto, o pleito, em sua análise de mérito final, fora julgado improcedente pelos mesmos fundamentos da decisão que negou a concessão de tutela provisória, restando o paciente, novamente, sem acesso ao medicamento que necessita.

Em outro julgado²¹, realizado pelo 01º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro, tem-se a insurgência do mesmo vício, uma vez não só ausente a aplicação do entendimento das Cortes Superiores, como distante o emprego dos preceitos constitucionais no escopo social, mediante o indeferimento de tutela provisória em demanda de saúde sob justificativa genérica de suposta “impossibilidade de obrigar pessoas públicas ou privadas a agir quando a lei não as compele a isto”.

Tamanha falha judiciária fora produzida em um processo cuja intenção seria o custeio de medicamentos para paciente portadora de Esclerose Concêntrica de Baló – ECB, em que a falta do fármaco, consoante laudo médico, acarretaria défices neurológicos progressivos, ultimando em convulsões e, possivelmente, a morte da demandante. Nota-se, entretanto, que o objeto da ação de medicamentos não detinha deslindamentos sensíveis como aqueles narrados no capítulo anterior; mas tão somente a ausência de sua disponibilização pelo SUS, que poderia ser revertida pelo custeio direto por qualquer um dos Entes Federativos.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro. *Rito comum nº 505055 0-12.2018.4.02.5101/RJ*. Juiz Fernando Caldas Bivar Neto. Disponível em: <https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica>. Acesso em: 2 abr. 2021.

²⁰ *Ibid.*

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 01º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro. *Rito comum nº 0181001-31.2016.4.02.5151*. Juíza Priscilla Mendonça Wagner. Disponível em: <https://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 2 abr. 2021.

Desta feita, as decisões colecionadas acima conseguem exprimir uma certa morosidade dos juízos federais na prolação de decisões cognitivas, tanto sumárias quanto exaurientes, cujo pretexto jaz no não reconhecimento de laudos clínicos por médicos que acompanham o paciente-demandante, até mesmo quando o profissional se encontra vinculado ao Sistema Único de Saúde, como documentos hábeis ao deferimento de pleito medicamentoso; acabando por retardar significativa parcela de processos com a exigência de perícia médica²², que muitas vezes é feita por médico de especialidade divergente àquela do caso concreto, não obstante a presença de instrução documental completa da lide.

Em outro modo de atuação, encontra-se a Justiça Estadual do Rio de Janeiro que, desde o ano de 2015²³, busca implementar estrutura própria para o atendimento dos casos de saúde que ingressam no Poder Judiciário, seja em virtude da exponencial judicialização de tais demandas, assim como em razão da sensibilidade temporal que uma ação de obrigação de fazer ou dar envolvendo a dispensação de fármacos ou tratamento médico possui; haja vista a alta probabilidade de óbito das partes caso a resposta não seja fornecida em tempo ágil.

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou, em agosto de 2017, o aviso conjunto de nº 12/2017²⁴, com a finalidade de comunicar a adoção de enunciados aprovados em reunião presidida pelos juízes de direito da Turma Recursal Fazendária, de forma a consolidá-los como a jurisprudência predominante acerca de diversos temas, com enfoque em matéria de saúde pública.

Considera-se um marco a ser celebrado, ante a organização do procedimento a ser adotado pelos respectivos juízos que abarcam o Tribunal assim que uma demanda de saúde é ajuizada na esfera estadual, cuja aplicabilidade imediata não só se faz presente, como dirimiu de modo significativo a tardança dos processos judiciais que versam sobre o direito à saúde.

Em seus enunciados de nº 2 e nº 3²⁵, a disposição é contundente ao estabelecer que em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo, padronizado ou não pelo Sistema Único de Saúde, mediante laudo que ateste à sua necessidade e a ineficiência daqueles padronizados, pode o juiz deferir de plano a tutela antecipada fundada na urgência em face de qualquer ente público, já que solidários.

²² CARVALHO, Ana Maria Coelho. *Perícia médica nos juizados especiais federais: análise crítica e novas proposições*. Disponível em: <<http://https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/pericia-medica-nos-juizados-especiais-federais-analise-critica-e-novas-proposicoes/>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Rio cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5179723>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Aviso Conjunto TJ/COES n. 12/2017*. Disponível em: <http://tjrj.jus.br/documents/10136/18972/aviso-conjunto-tj-cojes-12-2017.pdf>. > Acesso em: 3 abr. 2021.

²⁵ Ibid.

Com efeito, extrai-se constante harmonia entre a atividade do Poder Judiciário estadual carioca e o entendimento jurisprudencial dominante entre as Cortes Superiores, eis que evidente o fornecimento de uma atuação real do que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça debateram e traçaram parâmetros a serem adotados. Dificilmente encontrando-se, portanto, espaço para a utilização de obstáculos superficiais, reveladores de manipulações indevidas da atividade financeira e político-administrativa, sob pena de exonerar o Estado (*lato sensu*) da prática de imediata efetivação dos comandos sedimentados pelo texto constitucional.

Observa-se, com isso, a inexistência da cooperação judiciária esculpida pelo artigo 67^{o26} do Código de Processo Civil, em virtude da falta de uniformização do juízo federal perante entendimento dominante e, por conseguinte, da latente ausência de segurança jurídica e de formalização do princípio da isonomia material, visto a prolação de decisões conflitantes em respeito à matéria de saúde pública; permitindo-se, assim, que o sucesso do hipossuficiente sofredor de mazelas esteja atrelado a qual Tribunal carioca ele ajuizará sua ação.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática principal, a primordial necessidade de se garantir o direito à saúde, espeque aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, por meio de políticas públicas ou, na ausência destas, mediante atuação inafastável do Poder Judiciário, especialmente àqueles que não possuem os meios básicos ao seu custeio, conforme assevera o entendimento consolidado pelas Cortes de Superposição.

Consignou-se que a efetivação do direito social debatido deve ser realizada de forma integral, compreendendo medicamentos que não estejam incluídos na lista de dispensação pelo Sistema Único de Saúde, como também aqueles indicados para uso *off-label*, ou até mesmo medicamentos de alto custo, desde que comprovada a sua imprescindibilidade.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, chegou-se à conclusão de que, apesar da vinculação almejada pelo sistema de precedentes adotado pela legislação pátria, reiteradas decisões judiciais prolatadas pelo juízo federal carioca teimam em desacompanhar a jurisprudência dominante sobre demandas salutares; ensejando na falta de tratamento isonômico perante aqueles que ajuízam ações em sua competência, quando comparados àqueles que se debruçam no juízo estadual fluminense.

²⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 abr. 2021.

Na prática, grande parte das decisões produzidas dentro do escopo federal permitem a manutenção de teses orçamentárias vazias, desprovidas de técnica científica, sem considerar a natureza sensível do direito sopesado pelo outro lado da relação, chocando-se com a visão teológica da lei no que tange à proteção máxima dada aos direitos fundamentais.

A legislação é igualmente clara ao sedimentar que a atuação do Poder Judiciário deve ocorrer de forma uníssona, capaz de atender à exigência de um cooperativismo judicial que pretende afastar a procedência de decisões conflituosas, eivadas de disparidade entre diferentes partes sobre um mesmo direito, sob pena de fomentar a insegurança jurídica.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o caminho jurídico a ser priorizado é aquele que corre em direção à uma sociedade mais harmônica, justa e, sobretudo, igualitária. Lugar este que deve repelir a produção de decisões judiciais desatentas ao histórico social no qual a população é inserida, eis que carregado de latentes desigualdades que são constantemente estimuladas pela ausência da prestação positiva apta à concretização de direitos sociais por parte do administrador público.

Se por um lado tem-se a premissa de que a Justiça Federal não fora esculpida para abarcar grandes concentrações de demandas que visam tutelar o direito à saúde, ante à sua fina competência, por outro é certo que seus operadores da lei não devem se olvidar da ampla concentração de hospitais públicos federais presentes no Estado do Rio de Janeiro, os quais atraem para si a cura de mazelas profundas, muitas vezes envolvendo tratamentos de alto custo às expensas de pessoas financeiramente hipossuficientes.

Com isso, a atuação judiciária atrai para si imperiosa relevância, por significar, em mais ocasiões do que se espera, o nobre instrumento para a materialização dos preceitos constitucionais; devendo, portanto, ser o meio necessário à garantia ao direito a saúde e não o seu óbice, visto que, sem ela, a tangibilidade de uma vida digna simplesmente não existe.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. *Lei 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.411*, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.474.665*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271474665%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271474665%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271474665%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271474665%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 12 mar. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.657.156*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 13 mar. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 271.286-AgR*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20271.286-AgR,&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566.471*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 607.582*. Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<https://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.178 (Tema 793)*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Aviso Conjunto TJ/COJES 12/2017*. Disponível em: <http://tjrj.jus.br/documents/10136/18972/aviso-conjunto-tj-cojes-12-2017.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Rio cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5179723>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 01º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro. *Rito comum nº 0181001-31.2016.4.02.5151*. Juíza Priscilla Mendonça Wagner. Disponível em: < https://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro. *Rito comum nº 505055 0-12.2018.4.02.5101/RJ*. Juiz Fernando Caldas Bivar Neto. Disponível em: <https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica>. Acesso em: 2 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Ana Maria Coelho. *Perícia médica nos juizados especiais federais: análise crítica e novas proposições*. Disponível em: <[http:// https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/pericia-medica-nos-juizados-especiais-federals-analise-critica-e-novas-proposicoes/](http://https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/pericia-medica-nos-juizados-especiais-federals-analise-critica-e-novas-proposicoes/)>. Acesso em: 3 abr. 2021.

DANIELLI, Ronei. *A Judicialização da Saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar do bem coletivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.