JUSTIÇA FEDERAL
621
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO Nº 0007197-51.2011.4.02.5101 (2011.51.01.007197-7)
AUTOR: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
REU: UNIAO FEDERAL E OUTROS

CONCLUSÃO

Nesta data, faço os presentes autos conclusos ao MM. Juiz Federal da 8ª Vara Federal, IORIO SIQUEIRA D'ALESSANDRI FORTI.

Rio de Janeiro, 20/03/2012 18:49.

ADALBERTO WILSON SPIER
Diretor da Secretaria da 8ª Vara Federal

DECISÃO

RELATÓRIO

a) Petição inicial

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO ajuizou, em 02/06/2011, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com requerimento de tutela antecipada, em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, com pedido para que os réus forneçam para crianças e adultos:

a) implantes cocleares bilaterais,
b) fornecimento do sistema FM,
c) manutenção dos equipamentos (compra de acessórios, consertos, trocas de peças, atualizações – upgrades, baterias);
d) empréstimo de backup, quando o dispositivo externo estiver em conserto (o que demora de 15 a 60 dias);
e) reposição do dispositivo externo em caso de perda, roubo ou quando não for possível seu conserto;
f) terapia fonoaudiológica.

Esclarece a inicial que o IMPLANTE COCLEAR é dispositivo eletrônico de alta tecnologia (ouvido biônico), composto de um dispositivo interno e outro externo, que estimula eletricamente as fibras nervosas remanescentes, permitindo a transmissão do sinal elétrico para o nervo auditivo, a fim de ser decodificado pelo córtex cerebral. O componente interno é inserido no ouvido interno mediante cirurgia, sendo composto de antena interna com um ímã, um receptor

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
622
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

estimulador e um cabo com filamento de múltiplos eletrodos envolvido por um tubo de silicone fino e flexível. O componente externo é um microfone direcional, um processador de fala, uma antena transmissora e dois cabos.

Após a cirurgia de implante coclear, o paciente enfrenta fase de reabilitação, que exige programação e regulagens periódicas ao longo da vida, com equipamentos e procedimentos específicos. O acompanhamento dos pacientes implantados é realizado por equipe multidisciplinar, no mesmo centro em que foi realizada a cirurgia. Igualmente relevante é a manutenção do aparelho (consertos, trocas de peças, compra de acessórios, atualizações etc), de alto custo.

A transmissão da fala pelo sistema FM permite o paciente com implante coclear ouvir sem interferências decorrentes de ruídos, distância da fonte sonora e ecos, sendo imprescindível para as crianças em idade escolar.

O SUS arca apenas com o implante coclear UNILATERAL, mas não fornece o implante BILATERAL, e atribui ao paciente a responsabilidade exclusiva por despesas com reabilitação, sistema FM, dispositivo externo e sua manutenção. Assim, a cirurgia, que tem custo estimado em cem mil reais, freqüentemente acaba se tornando inócua por falta de recursos financeiros dos pacientes para custear a manutenção do aparelho.

À fl. 213, emenda à inicial, para requerer a intimação da Sra. MARIA INÊS GADELHA, Coordenadora Geral da Alta Complexidade do SUS e da Sra. ANA LUZIA DE FIGUEIREDO CATANI, Consultora Técnica CGMAC/DAE/SAS/Ministério da Saúde, para que possam prestar esclarecimentos sobre a demanda em questão.

À fl. 214, emenda à inicial, para registrar na petição inicial o elenco de instituições e pessoas direta ou indiretamente envolvidas com o Implante Coclear, para que possam prestar esclarecimentos sobre a demanda em questão. Reiterou o requerimento de tutela de urgência.

Às fls. 220-256, artigos científicos entregues à Secretaria deste Juízo sobre o tema de que trata a presente ACP.

Emendas deferidas às fls. 258-259.

b) Decisão liminar. Agravo de instrumento. Reconsideração da decisão. Manifestação do MPF.

Às fls. 257-265, foi deferido em parte o requerimento de tutela antecipada. Na mesma oportunidade, determinou-se: (a) a citação dos réus, sendo que a União deveria comunicar a existência da ACP às Sras. MARIA INÊS GADELHA, Coordenadora Geral da Alta Complexidade do SUS e ANA LUZIA DE FIGUEIREDO CATANI, Consultora Técnica CGMAC/DAE/SAS/Ministério da Saúde (fl. 213), para que pudessem prestar esclarecimentos, em especial sobre a possibilidade de alargamento espontâneo da lista de tratamentos cobertos pelo SUS, e apresentar eventuais argumentos de ordem técnica ou orçamentária contrários ou

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
623
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

favoráveis à pretensão da DPU, (b) a intimação do MPF para esclarecer se há alguma outra ACP, no Rio de Janeiro ou em qualquer outro Estado, com objeto idêntico, e se pretende ingressar no pólo ativo da presente, e (c) a comunicação à ABORL, à AMADA e à ADAP (fl. 215) da existência da presente ACP, para contribuírem com esclarecimentos de ordem técnica. As comunicações foram prontamente expedidas pela Vara (fl. 266).

Às fls. 282-311, o Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo. Às fls. 433-453, a União Federal interpôs agravo. Às fls. 464-488, a DPU interpôs agravo. Às fls. 489-494, decisão liminar do Relator suspendendo a tutela antecipada. À fl. 495, decisão da 8ª VF-RJ REVOGANDO A TUTELA ANTECIPADA, por inobservância ao art. 2º da Lei 8.437/92, acarretando a perda de objeto dos agravos interpostos.

c) Contestações

Às fls. 497-526, contestação do Estado do Rio de Janeiro, alegando, em síntese:

> i) não se pode admitir que o Poder Judiciário revise o programa público do Sistema Único de Saúde – SUS, sem que se tenha realizado qualquer prova da ilegalidade do programa instituído, até porque a opção pelo implante unilateral tem fundamentos técnicos e orçamentários;
>
> ii) a Lei 12.401/11 esclareceu que a prestação do Estado-membro é delimitada ao que estiver contemplado nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, assim como nas tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS: cabe à União formular as políticas de saúde;
>
> iii) As Lei 8.080/90 e 12.401/11 regulam o art. 197, não para limitar direitos sociais, mas para assegurar a concretização de ações e serviços de saúde que sejam seguros, custo-efetivos e sem a influência das indústrias farmacêuticas;
>
> iv) As tabelas do SUS apenas contemplam o implante unilateral, e não o implante bilateral nem o sistema FM, de modo que a pretensão da DPU de ampliar os exames cocleares deveria ser dirigida apenas à União, na condição de gestora do sistema, e não ao Estado do Rio de Janeiro, já que, conforme art. 19-Q da Lei 12.401/11, compete ao Ministério da Saúde incorporar novos medicamentos, produtos e procedimentos ao SUS;
>
> v) Os serviços de reabilitação fonoaudiológica aos portadores de implantes cocleares já são prestados no âmbito do Rio de Janeiro (vide fl. 88), pela rede municipal – o que foi ratificado recentemente pela Deliberação CIB-RJ nº 1.364, de 07/07/2011, art. 4º e item 6 do anexo III;
>
> vi) O implante coclear consiste em procedimento estratégico, nos termos da Portaria MS/SAS nº 968/2002, o qual deve ser custeado pela União, conforme Portaria MS nº 3.219/2009 (a qual estabelece que o Hospital Universitário Clementino Fraga Filho receba o valor anual de R$ 1.100.109,84 para a realização de dois implantes mensais) – e o Estado espontaneamente editou a Deliberação CIB-RJ nº 1.422/2011, a qual previu, às suas expensas, a realização de uma terceira cirurgia por mês;

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
624
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

vii) Em conformidade com estudo juntado à petição inicial (fl. 129), a Faculdade de Medicina da USP ratifica que, na grande maioria dos casos, o uso do implante bilateral não importa em ganho significativo de percepção auditiva, de modo que a opção do SUS foi pela realização do implante unilateral, com o atendimento de maior número de pacientes, não havendo também falar em superioridade técnica do sistema FM;

viii) a ADAP não pode ingressar como *amicus curiae* porque não é associação técnica e porque demonstrou ter interesse na intermediação comercial dos aparelhos;

ix) Os efeitos de eventual sentença de procedência estão limitados ao Município do Rio de Janeiro (art. 16 da Lei 7.347/85).

Às fls. 550-555, contestação do Município do Rio de Janeiro, alegando, em síntese:

i) Segundo as Portarias Ministeriais MS/SAS nº 587 e 589 de outubro de 2004, e nº 466/2009, além das Deliberações da Comissão Intergestores Bipartite - CIB-RJ nº 1407, de 18/08//2011, e nº 1422, de 15/09/2011, o Serviço de Saúde Auditiva credenciado e habilitado para a realização do Implante Coclear e a terapia dos implantados é a do Hospital Universitário Clementino Fraga Filho (Fundão) – o que evidencia que a saúde auditiva da população não está sendo negligenciada, mas tratada dentro dos limites e possibilidades de cada um dos entes federativos, através de uma ação coordenada; e

ii) nos termos do art. 196 da Constituição, é dos entes federativos a competência constitucional e legal para a organização e promoção do serviço de saúde pública, de modo que fere a separação dos Poderes a ingerência do Judiciário na formulação de políticas públicas.

Às fls. 558-575, contestação da União Federal, instruída com resposta da Sra. ANA LUZIA DE FIGUEIREDO CATANI (fls. 577-580), alegando, em síntese:

i) Ilegitimidade passiva, pois, em atenção ao princípio da descentralização da prestação dos serviços de saúde, não é papel da União fornecer tratamento médico;

ii) O Ministério da Saúde já está realizando um trabalho para a inclusão da troca dos processadores na Tabela de procedimentos do SUS, sendo certo que a Portaria nº 1.287/99 também está sendo revista – o que não pode ser feito de imediato;

iii) Há que se observar as regras sobre orçamento e igualdade, para que o reconhecimento de direitos a uns não implique restrição dos recursos para assegurar os direitos de outros;

iv) O custo médio da cirurgia de implante é de R$ 150 mil, e a colocação de cóclea tem custo aproximado de R$ 64 mil, sendo de alto custo também o aparato necessário à manutenção do aparelho;

v) A inclusão de novas tecnologias nos procedimentos e protocolos do SUS tem procedimento próprio a ser seguido, não se admitindo a interferência por imposição do Judiciário;

vi) No Estado do Rio de Janeiro, o Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, da estrutura da UFRJ, é o habilitado pela União como Centro em Implante Coclear, havendo outros centros credenciados pelo Estado do Rio de Janeiro (vide fl. 313).

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

d) Manifestações do MPF e da DPU

Às fls. 423-432 (com juntada de documentos às fls. 332-421), o MPF comunica que (i) salvo engano, não há outra ACP ajuizada com o mesmo objeto, que (ii) reconhece a legitimidade ativa da DPU, que (iii) pretende intervir como *custos legis* (art. 1º da Lei 7.347/85), que (iv) há Inquérito Civil 1.30.012.000320/2010/16 com o mesmo objeto, instruído com resposta do Ministério da Saúde confirmando que o implante coclear coberto pelo SUS é o unilateral, e com informações técnicas prestadas pelo Hospital das Clínicas da USP e do Hospital Clementino Fraga Filho da UFRJ, ambos manifestando-se no sentido de que o implante bilateral é proveitoso para crianças e adultos em termos de aquisição de linguagem e ganho funcional. Às fls. 604-613, superado o óbice do art. 2º da Lei 8.742/92, a DPU requereu o deferimento de nova tutela antecipada.

Às fls. 454-463, a ADAP informou que tem intermediado a relação entre os portadores de implante coclear e as representantes das marcas do aparelho, com vistas a facilitar a manutenção e aquisição de acessórios, sendo que as três principais empresas adotam sistemáticas de atuação diferentes. Às fls. 586-588, defendeu que, ainda que se possa entender que não há *periculum in mora* na não-realização imediata de implante coclear bilateral, há urgência no que diz respeito à manutenção/reposição/back up dos aparelhos. A ABORL e a AMADA não se manifestaram nos autos.

Às fls. 614-617, o MPF se manifestou pela rejeição das preliminares de ilegitimidade passiva e, no mérito, reportou-se à manifestação de fls. 423-431.

É o relatório. Passo a decidir.

LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

À luz dos arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição da República, há muito a legitimidade da Defensoria Pública, expressamente consignada na Lei Complementar 80/94, é reconhecida pela jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.
> I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.
> II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
626
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

> III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.
> Recurso especial provido.
> (STJ, 3ª Turma, REsp 555111, Relator Ministro CASTRO FILHO, Data do Julgamento 05/09/2006)

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE.
> 1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.
> 2. Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.
> 3. Recursos especiais não-providos.
> (STJ, 1ª Turma, REsp 912849, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Data do Julgamento 26/02/2008)

Tal prerrogativa foi reafirmada – e não criada – pela Lei 11.448/07, como reconhece a jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 134 DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5º, XXXV, DA CF. ARTS. 21 DA LEI 7.347/85 E 90 DO CDC. MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUMENTO POR EXCELÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA RECONHECIDA ANTES MESMO DO ADVENTO DA LEI 11.448/07. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA DO DIREITO QUE SE PRETENDE TUTELAR. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A Constituição Federal estabelece no art. 134 que "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". Estabelece, ademais, como garantia fundamental, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), que se materializa por meio da devida prestação jurisdicional quando assegurado ao litigante, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), mudança efetiva na situação material do direito a ser tutelado (princípio do acesso à ordem jurídica justa).
> 2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).
> 3. Apesar do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de que "A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais" (REsp 700.206/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 19/3/10), a ação civil pública é o instrumento processual por excelência para a sua defesa.
> 4. A Lei 11.448/07 alterou o art. 5º da Lei 7.347/85 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública. Essa e outras alterações processuais fazem parte de uma série de mudanças no arcabouço jurídico-adjetivo com o objetivo de, ampliando o acesso à tutela jurisdicional e tornando-a efetiva, concretizar o direito fundamental disposto no art. 5º, XXXV, da CF.
> 5. In casu, para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública bastaria o comando constitucional estatuído no art. 5º, XXXV, da CF.
> 6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
627
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais.
7. Recurso especial não provido.
(STJ, 1ª Turma, RESP 1106515, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE de 02/02/2011)

Nos termos do art. 4º, VII, da Lei Complementar 80/94, com redação dada pela Lei Complementar 120/09, é função institucional da Defensoria Pública "promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos QUANDO O RESULTADO DA DEMANDA PUDER BENEFICIAR GRUPO DE PESSOAS HIPOSSUFICIENTES". A Ação Civil Pública é mecanismo de proteção de direitos de grande relevância e de facilitação do acesso à Justiça, cuja promoção é atribuída a entes dotados de legitimidade adequada para patrocinar os interesses de grupos sociais perante o Poder Judiciário, em busca de soluções uniformes e da racionalização do sistema judiciário. Logo, a atribuição de legitimidade a um ente não exclui a de outro, nem há campos estanques de atuação de cada um deles. Assim como o Ministério Público não teve subtraída sua legitimidade para representação de interesses socialmente relevantes da população pobre (STJ, 5ª Turma, RESP 1220835), a Defensoria Pública não invade a atribuição do *parquet* quando se vale da Ação Civil Pública sem demonstrar (até porque isso seria impossível) que todos os possíveis beneficiários da decisão judicial são hipossuficientes (STJ, 3ª turma, RESP 555111).

O DIREITO À SAÚDE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Segundo o art. 197 da Constituição da República, "São de RELEVÂNCIA PÚBLICA AS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE", de modo que o direito à saúde, indisponível, inquestionavelmente pode e deve ser objeto de Ação Civil Pública (art. 129, III, da Constituição da República; art. 1º, IV, da Lei 7.347/85).

Considerando que, nos termos do art. 196, "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao ACESSO UNIVERSAL e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", a idéia de universalização faz com que, necessariamente, qualquer ação coletiva em favor da saúde possa beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, de modo que indiscutivelmente há legitimidade tanto do Ministério Público quanto da Defensoria Pública, quer pela natureza relevante e indisponível do direito, quer pelo fato de estar-se a beneficiar também os economicamente fracos.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A Defensoria Pública pede, em síntese, a ampliação da lista de medicamentos e tratamentos oferecidos pelo SUS a fim de aumentar a cobertura aos surdos (de modo que o implante coclear passe a ser bilateral) e aos implantados (oferecendo manutenção, atualização, conserto e reposição de peças).

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
628
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

No notável artigo "Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial" (disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>), LUÍS ROBERTO BARROSO, sem afastar os riscos de o Judiciário se imiscuir na formulação de políticas públicas, atesta a possibilidade jurídica de, em ação coletiva, alterar as listas de tratamentos de saúde:

> *"50. Um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto acima, como referido, é a presunção – legítima, considerando a separação de Poderes – de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Essa presunção, por natural, não é absoluta ou inteiramente infensa a revisão judicial. Embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos.*
>
> *51. Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (...).*
>
> *52. Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.*
>
> *53. Em segundo lugar, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. (...)*
>
> *54. Em terceiro lugar, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos erga omnes, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. (...)"*

Por fim, o autor defende que são parâmetros complementares para orientar o mérito das decisões, que o Judiciário (a) só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos, (b) deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil, (c) deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo, e (d) deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
629
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Acolho as ponderações acima para concluir pela existência da condição da ação "possibilidade jurídica do pedido".

LEGITIMADE PASSIVA

União Federal, Estados e Municípios financiam o sistema único de saúde, constituído, nos termos do art. 198, de "ações e serviços públicos de saúde [que] integram uma rede regionalizada e hierarquizada [...]".

Por isto, não há propriamente solidariedade, no sentido técnico-jurídico, entre as três esferas federativas: não haveria racionalidade no sistema se qualquer cidadão pudesse cobrar indistintamente da União, do Estado ou do Município o mesmo medicamento ou tratamento. Há deveres especificamente exigíveis de cada um dos entes, e, ainda que a divisão de atribuições não seja revestida de precisão matemática, após a especificação das responsabilidades, será possível cogitar da exclusão de um ou mais dos réus da relação processual.

Daí porque o Sistema Única de Saúde obedece, dentre outros, aos seguintes princípios elencados no art. 7º da Lei 8.080/90:

> ...
> II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
> ...
> IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
> a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
> b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
> ...
> XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
> ...
> XIII – **organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.**

Isto não obstante, há que se reconhecer, no caso concreto, a legitimidade passiva dos três réus.

Cabe à União, como gestora federal, a formulação das políticas públicas de saúde (já tendo, inclusive, reconhecido como incluída dentre as prioridades públicas o implante coclear unilateral), cabendo ao Ministério da Saúde apreciar, conforme art. 19-Q da Lei 12.401/11, a incorporação de novos medicamentos, produtos e procedimentos ao SUS. São também os recursos repassados pela União – conforme ela admite em sua própria contestação – que custeiam os implantes realizados no Hospital Clementino Fraga Filho da UFRJ.

O Estado do Rio de Janeiro é responsável primeiro pela execução dos procedimentos de maior complexidade, tendo assumido espontaneamente a responsabilidade, como dito em contestação,

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
630
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

pelo aporte de recursos para a realização de uma terceira cirurgia mensal pelo Hospital da UFRJ, e sendo responsável, como referido à fl. 313, pelo cadastro de outros centros auditivos.

Quanto ao Município, não é de sua atribuição distanciar-se da prestação de medicamentos essenciais, mas se justifica sua manutenção no pólo passivo, ao menos por enquanto, uma vez que cabe a ele prestar o tratamento fonoaudiológico requerido pela parte autora.

MÉRITO DO REQUERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA

Reitero a lição acima transcrita de BARROSO: *"a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento."*

Quando o Poder Judiciário entra no mérito do acerto ou desacerto de formulação de políticas públicas de saúde, não está necessariamente a invadir a seara do Administrador nem a ferir a separação dos poderes: a proteção à saúde é um dever jurídico estabelecido pela Constituição da República para o Estado Brasileiro e, por isso, compete ao juiz apreciar GRAVES DESACERTOS na ação – ou omissão – do administrador.

Na decisão que proferi anteriormente (fls. 257-265), adotei a seguinte fundamentação:

> *"No caso concreto, porém, nem se precisaria chegar a tanto [apreciar graves desacertos na ação – ou omissão – do administrador] para enfrentar o requerimento feito pela DPU nesta ACP: é que o administrador já avaliou a necessidade de fornecer ou não tratamento cirúrgico à surdez e concluiu em sentido positivo, bem como já avaliou a relação custo-benefício do implante coclear e decidiu pela sua inclusão na lista de tratamentos fornecidos.*
>
> *Ou seja, a escolha política – eleger quais as doenças/moléstias/lesões a merecerem especial enfrentamento por parte do SUS e selecionar, dentre os meios terapêuticos disponíveis no atual estado da arte médica, aqueles que otimizam a relação custo-benefício – já foi tomada pelo Poder Executivo em favor do implante coclear, de modo que não se pode dizer que qualquer decisão judicial no sentido de potencializar os efeitos desta escolha represente inconstitucional invasão do mérito administrativo.*
>
> *Daí porque concluo, em acolhimento aos argumentos expostos na petição inicial, que é contrário ao próprio princípio da eficiência – ou, melhor dizendo, que é cruel – dar com uma mão e tirar com a outra. Investir mais de uma centena de milhares de reais no implante de um dispositivo eletrônico de alta tecnologia e não cobrir o custo – relativamente barato se comparado à aquisição do aparelho e à cirurgia de implante, mas caro para os padrões do brasileiro médio – de manutenção e troca de baterias do aparelho implica fazer com que crianças surdas passem a ouvir, façam um esforço de adaptação, e, ao final dos três anos de garantia do produto, ou após o fim da vida útil da bateria, estejam condenadas a retornar à surdez. Se for para ser assim, qualquer pessoa de bom senso saberá concluir que melhor seria para todos que o Estado não tivesse se dado ao trabalho de custear o implante e que a criança não tivesse tido a experiência auditiva só para ter a dimensão da falta que ela lhe fará num futuro breve e inexorável.*

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

Além disso, difícil crer que o custo de manutenção dos aparelhos não seja relativamente pequeno diante da escolha feita pelo administrador de realizar um implante de valor elevadíssimo, e que esse custo não possa ser diminuído por uma gestão inteligente. Assim, à medida em que o implante coclear for mais divulgado e, conseqüentemente, mais difundido, por ocasião da licitação para aquisição em maior escala dos aparelhos, o Poder Público pode impor não apenas especificações técnicas para o aparelho como também e principalmente o prazo da garantia para assistência técnica e o valor das peças de reposição.

Quanto ao implante coclear bilateral, é certo que a necessidade de cirurgia em ambos os ouvidos há de aumentar consideravelmente o custo do tratamento, com inegável impacto sobre o percentual de recursos consumidos do orçamento da saúde. No entanto, não há como negar que a surdez de um só ouvido, ainda que muito menos grave que a surdez total, prejudica não só a audição plena como também o equilíbrio de quem recebeu o implante coclear unilateral (tanto assim que a surdez unilateral é considerada deficiência física para fins de concurso público). Há que se conciliar, então, a capacidade de planejamento orçamentário do Estado com a necessidade de pleno atendimento da saúde, e parece-me razoável, para isso, deferir um prazo dilatado de dez meses para que os implantes bilaterais passem a ser cobertos pelo SUS (sendo que pelo menos 30% dos implantes cocleares cobertos pelo SUS deverão ser bilaterais, conforme prioridade a ser definida administrativamente dentro do prazo para cumprimento da tutela).

Por fim, a terapia fonoaudiológica é essencial para o pleno desenvolvido e integração social dos implantados.

Do exposto:

I – DEFIRO EM PARTE O REQUERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA para compelir a parte ré a fazer com que, no prazo de quatro meses a contar da intimação, o SUS passe a se responsabilizar por:
i) manutenção dos equipamentos (compra de acessórios, consertos, trocas de peças, atualizações – upgrades, baterias);
ii) empréstimo de backup, quando o dispositivo externo estiver em conserto (o que demora de 15 a 60 dias);
iii) reposição do dispositivo externo em caso de perda, roubo ou quando não for possível seu conserto;
iv) fornecimento do sistema FM, e
v) terapia fonoaudiológica.

II – DEFIRO EM PARTE O REQUERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA para compelir a parte ré a fazer com que, no prazo de dez meses a contar da intimação, o SUS passe a se responsabilizar pela realização de implantes cocleares bilaterais, cujo percentual deve corresponder a 30% dos implantes cocleares realizados (cabendo à Administração fixar os critérios para determinar quem receberá preferencialmente o implante bilateral).
(...)"

Diante dos argumentos expostos pelos réus em contestação, contudo, mantenho apenas parte do entendimento acima (no que diz respeito à manutenção e fornecimento de backup), e, no mais, reavalio o conteúdo da decisão que antes proferi.

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
632
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Quanto à terapia fonoaudiológica, sem sombra de dúvida deve ser prestada aos portadores de implantes cocleares. No entanto, o Estado do Rio de Janeiro, em contestação, sustentou que tal serviço já vem sendo prestado satisfatoriamente pela rede municipal (fl. 88), o que, em princípio, afasta o interesse de agir quanto a este pedido (devendo a DPU manifestar-se a respeito).

Quanto ao fornecimento do Sistema FM, acolho, por enquanto, as razões expostas na contestação do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de manter a escolha técnica (que leva em conta, também, a relação custo-eficiência) pela não adoção, pelo SUS, desse sistema para o funcionamento dos implantes cocleares.

Quanto aos implantes cocleares bilaterais, há que se levar em conta a informação atualizada trazida pela União em contestação sobre o custo das medidas pretendidas (custo médio da cirurgia de implante é de R$ 150 mil, e a colocação de cóclea tem custo aproximado de R$ 64 mil), bem como a contestação do Estado do Rio de Janeiro, a sustentar, com base em manifestação técnica, que, na maioria dos casos, o implante bilateral não importa ganho significativo de percepção auditiva. Diante da informação de que o orçamento federal dá conta apenas da realização de duas cirurgias unilaterais por mês (e que o Estado do Rio de Janeiro, espontaneamente, assumiu o custeio de uma terceira cirurgia mensal), impõe-se considerar que o deferimento da tutela pretendida pela DPU fará com que – diante da impossibilidade de ampliar indefinidamente o orçamento da saúde – o aumento da funcionalidade que o implante bilateral trará a uns poucos acarrete a redução do número de pessoas operadas por mês, medida que contraria, portanto, o objetivo da universalização do tratamento de saúde.

Outro argumento a ser considerado é que os arts. 19-Q e 19-R da Lei 12.401/11 estabelecem procedimento razoável quanto ao (i) tempo de tramitação, (ii) observância de aspectos técnicos (eficiência), (iii) apreciação da relação custo-eficiência, e (iv) participação popular:

> Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.
> § 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.
> § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:
> I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
> II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.
>
> Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

JUSTIÇA FEDERAL
633
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

> § 1º O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais:
> I - apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2o do art. 19-Q;
> II - (VETADO);
> III - realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS;
> IV - realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento.
> ...

Não havendo registro de que a DPU tenha formalizado ao Ministério da Saúde requerimento de análise de sua pretensão, é questionável a presença da condição da ação "interesse de agir" para a propositura desta ACP. Nem se diga que a negativa apresentada pelos três réus em suas peças de defesa caracterizaria resistência definitiva à pretensão a ponto de caracterizar o interesse. Primeiro, porque os Advogados Públicos, adstritos à defesa da legalidade, não poderiam sequer pensar em concordar com a postulação, até porque, como esclarecido, a eventual incorporação do implante coclear bilateral e medidas decorrentes é atribuição apenas da União. Segundo porque a AGU, citada para contestar, não poderia ter agido diferente, já que os Advogados não têm atribuição para rever internamente políticas públicas. Só quando o pleito for efetivamente submetido e apreciado à Comissão competente no Ministério da Saúde é que se poderá – após findo todo o processo de instrução e deliberação – aferir se, de fato, não há chances de atendimento voluntário do que foi pedido.

ALCANCE TERRITORIAL DA DECISÃO

Firmada a conclusão no sentido do deferimento, ainda que parcial, da tutela antecipada, resta discutir o alcance territorial da decisão. A Corte Especial do STJ, no julgamento em 2008 do AgRg nos EREsp 253589 / SP, reafirmou os precedentes anteriores (EREsp 293407/SP, REsp 838978/MG, e Resp 422.671/RS), no sentido de que *"a sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97"*.

Discordo dessa orientação firmada pela Corte Especial. Em primeiro lugar, o STF até hoje não se pronunciou de forma incisiva sobre a (in)constitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/85, sendo que a ausência de decisão vinculante a respeito da matéria justificou a improcedência da RECLAMAÇÃO 600. Além disso, em se tratando de ação ajuizada por órgão nacional (DPU) em face da União, visando condenação de alcance nacional (no que diz respeito à inclusão em lista nacional dos procedimentos/tratamentos), é contrário à razão de ser da ação civil pública – a economia processual (evitando a pulverização de diversas ações) e a isonomia (decisão com alcance uniforme) – o limite territorial imposto à eficácia da sentença. Por fim, é ver que, posteriormente à "uniformização de orientação" firmada pelo STJ, houve pelo menos um julgado conferindo efeitos nacionais, e não limitados à competência territorial do órgão prolator, em ação civil pública:

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DEVIDOS EM CADERNETA DE POUPANÇA EM JANEIRO DE 1989. DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA DA SENTENÇA E COISA JULGADA. EFICÁCIA NACIONAL DA DECISÃO.
- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.
- Distinguem-se os conceitos de eficácia e de coisa julgada. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença.
- Os efeitos da sentença produzem-se "erga omnes", para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. Recurso Especial improvido.
(STJ, 3a Turma, RESP 399357, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJE de 20/04/2009)

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto,

I – Defiro em parte o requerimento de tutela antecipada para compelir a União Federal a fazer com que, no prazo de seis meses a contar da intimação, o SUS passe a se responsabilizar por:

i) manutenção dos equipamentos (compra de acessórios, consertos, trocas de peças, atualizações – upgrades, baterias);

ii) empréstimo de backup, quando o dispositivo externo estiver em conserto (o que demora de 15 a 60 dias); e

iii) reposição do dispositivo externo em caso de perda, roubo ou quando não for possível seu conserto;

II – Indefiro o requerimento de tutela antecipada quanto aos demais pedidos, mas determino que a AGU, a partir da sua intimação, submeta o pedido veiculado nesta ACP pela DPU ao Ministério da Saúde, na forma dos arts. 19-Q e 19-R da Lei 12.401/11, a ser processado com a devida presteza.

III – Indefiro o requerimento da ADAP de atuação como *amicus curiae* em atenção aos argumentos expostos na parte final da contestação apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro.

P.I. Intime-se a União, com urgência, para cumprimento. Depois, intime-se a DPU, para tomar ciência e para apresentar sua réplica e requerimento de provas, para o que defiro o prazo de vinte dias, tendo em vista a complexidade da matéria.

Rio de Janeiro, 17 de setembro de 2012.

IORIO SIQUEIRA D'ALESSANDRI FORTI
Juiz Federal

Assinado eletronicamente. Certificação digital pertencente a Iorio Siqueira D Alessandri Forti.
Documento No: 53889811-80-0-621-14-332641 - consulta à autenticidade do documento através do site www.jfrj.jus.br/autenticidade