Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 24 – dezembro/janeiro/fevereiro 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO NA ADOÇÃO DE ESTRATÉGIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS PARA LIDAR COM ESTA REALIDADE

Juliana Yumi Yoshinaga
Procuradora do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o "direito de acesso universal e integral à saúde" (artigo 196), e mais acentuadamente a partir do final da década de 1990, passou-se a assistir ao crescente aumento de demandas judiciais destinadas a exigir dos entes públicos a disponibilização das mais diversas prestações materiais na área da saúde (tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, cirurgias, etc.).

Acolhendo a imensa maioria dessas pretensões, o Poder Judiciário (desde os magistrados de primeiro grau até os ministros do Supremo Tribunal Federal) apresenta forte tendência a determinar que a Administração Pública forneça gratuitamente tudo quanto requerido pelos demandantes, desconsiderando o conteúdo de políticas públicas existentes para a área da saúde.

Aliás, não raras vezes nos deparamos com decisões judiciais (geralmente em sede de cognição sumária) ordenando que os entes públicos providenciem em tempo ínfimo medicamentos, tratamentos e outros insumos judicialmente pleiteados, sob pena de multa diária; ou determinando a dispensa de procedimento de licitação pública para sua aquisição; ou, ainda, ameaçando o bloqueio dos orçamentos dos entes federativos.

Esse fenômeno de judicialização indiscriminada do direito à saúde passou a preocupar União, Estados e Municípios, já que o atendimento às ordens judiciais reflete de maneira significativa na organização e no planejamento das políticas públicas da Pasta da Saúde.

Esse cenário não foi diferente no Estado de São Paulo. A necessidade de atendimento urgente a determinações do Poder Judiciário passou a representar importante obstáculo ao gerenciamento administrativo e orçamentário das ações da Secretaria Estadual da Saúde.

Diante disso, inicialmente, o Estado de São Paulo adotou estratégias tradicionais, com ênfase na defesa de teses jurídicas (como a da ilegitimidade de parte, da reserva do possível, da separação dos Poderes, do princípio da reserva do orçamento público, etc). Contudo, logo ficou patente que essa postura não apresentava permeabilidade junto ao Poder Judiciário, já que o enorme volume de ordens judiciais impondo o fornecimento de insumos, fármacos e tratamentos médicos não cedia.

Preocupada com os abalos gerados na Pasta da Saúde e reconhecendo a especial magnitude e complexidade daquela situação, a Administração Paulistana investiu em respostas novas para enfrentar a realidade que se impunha.

O objetivo do presente estudo é descrever e analisar as medidas, judiciais e extrajudiciais, adotadas pelo Governo Estadual de São Paulo para reduzir o impacto do fenômeno da judicialização na organização de ações e serviços de saúde.

Portanto, ao invés de tratar da judicialização das questões de saúde enfocando o impasse que envolve, de um lado, as ordens judiciais que determinam o fornecimento indiscriminado de medicamentos e atendimentos de saúde pelos entes federados e, de outro, a limitação dos recursos orçamentários desses mesmos entes, o presente artigo pretende abordar o tema pela perspectiva da busca de soluções ou alternativas para lidar com esse cenário.

2. A TENSÃO ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A GESTÃO E ORÇAMENTO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO ESTADO DE SÃO PAULO

A atual posição da jurisprudência brasileira dominante que, frequentemente, sem audiência prévia dos gestores da saúde e, pior, desconsiderando ações e serviços públicos de saúde, determina o fornecimento indiscriminado de tudo quanto requerido pelos demandantes possui um efeito desorganizador importante na gestão da saúde pública e no orçamento dos entes federados[i].

Nesse sentido, Mônica Guise, Daniel Wang e Thana Campos (2008, p. 172, tradução nossa) ressaltam que a maioria dos magistrados brasileiros em seus julgamentos: (i) considera o direito à saúde individual e não coletivamente; (ii) interpreta o direito à saúde e os princípios do SUS como direito a qualquer cuidado relacionado à saúde; (iii) ignora o fato de que a concretização do direito à saúde envolve gastos públicos vultosos; e (iv) não leva em consideração as políticas públicas de distribuição de medicamentos já existentes.

Em razão disso e dos argumentos bastante controvertidos sobre o tema, a discussão acerca da judicialização do direito à saúde vem sendo bastante prestigiada pela doutrina, tendo, inclusive, motivado recente convocação de audiência pública n.º 04 pelo atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes[ii].

O próprio Ministro Gilmar Mendes, na sessão de abertura dessa audiência pública da saúde, bem sintetizou a constante tensão entre as decisões do Judiciário e a gestão pública das ações e serviços de saúde:

> O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.
> Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema (informação verbal).[iii]

Também por ocasião dessa audiência pública, Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, destacou que:

> atualmente, no Rio Grande do Sul, 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde são gastos com política de assistência farmacêutica, sendo que 87.966 pacientes são atendidos pela via administrativa, e 20.497 pacientes, pela via judicial. Portanto, afere-se que hoje 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do estado estão sendo administrados pelo Judiciário. [...] Considerando que o caixa para atendimento de demandas administrativas e judiciais é único, a intervenção judicial na área da saúde é hoje um dos óbices para que o Estado consiga atender

> regularmente a sua demanda administrativa (informação verbal).[iv]

Ilustrando referida tensão entre as decisões judiciais e os orçamentos públicos e enfatizando a limitação de recursos destinados à saúde e a imprescindibilidade de se realizar escolhas eficientes e complexas, Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira (2009**,** p. 235-238) apresentam os custos financeiros de uma situação hipotética, em que para tratar duas enfermidades, hepatite viral crônica C e artrite reumatóide, o sistema público de saúde decidisse abandonar a lista de medicamentos (escolhidos por razões de segurança, eficácia e custo-benefício), oferecendo a todos os portadores dessas doenças os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado (interferon peguilado para a hepatite viral crônica C e infliximabe, etanercepte e adalimumabe para a artrite reumatóide).

De acordo com a estimativa desses estudiosos, para atender os pacientes portadores dessas duas doenças, estimados em 1,9 milhões de pessoas com base nos dados epidemiológicos (aproximadamente 1% da população), seriam gastos 99,5 bilhões de reais.

Comparando esse valor com o custo total das ações e serviços públicos de saúde dos Municípios, Estados e União, o estudo chegou à impressionante conclusão de que os recursos financeiros necessários para implementar mencionada política seriam superiores ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde (85,7 bilhões de reais).

E não seria preciso imaginar situação hipotética para ilustrar um cenário de distorção e iniquidade. Basta observar o quadro abaixo em que estão retratados os gastos mensais do Estado de São Paulo com o atendimento de apenas oitenta e oito pessoas que, via Poder Judiciário, conseguiram a condenação do ente público ao fornecimento de cinco fármacos importados que não são comercializados no país.

Tabela 1 - Medicamentos importados fornecidos por determinação judicial

Produto	Nº PAC	Preço Unitário (U$)	Custo Mensal (U$)
ALDURAZYME	26	650	319.800,00
FABRAZYME	21	3.775	354.850,00
ELAPRASE	20	3.490	809.680,00
NAGLAZYME	14	1.519,00	349.370,00
MYOZYME	7	600	182.400,00
TOTAL	**88**		**2.016.100,00**

Fonte: Secretaria Estadual de Saúde (CODES - Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde)

Para atender esses oitenta e oito pacientes, o Estado de São Paulo gasta mensalmente US$ 2.016.100 (dois milhões, dezesseis mil e cem dólares), ou seja, aproximadamente US$ 22.910,23 (vinte mil, novecentos e dez dólares e vinte e três centavos) por pessoa a cada mês.

De fato, a escassez dos recursos, somada à complexidade das escolhas na seara da saúde, indica que o fornecimento individualizado de medicamentos via Poder Judiciário pode facilmente conduzir o sistema público de saúde ao colapso.

Nessa linha, o oncologista Paulo Marcelo Gehm Hoff afirmou durante a audiência pública da saúde convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal que, somente em 2008, o Governo do Estado de São Paulo despendeu R$ 350 milhões para atender 33 mil pessoas beneficiadas por decisões judiciais proferidas em ações por medicamentos. Ao passo que, no mesmo período, para o atendimento de 450 mil pacientes inscritos em projeto governamental denominado "Programa de Dispensação de Medicamentos Excepcionais", foram gastos o equivalente a R$ 1,125 bilhão[v].

Comparando esses dados, fácil concluir que os gastos *per capita* com o atendimento de beneficiários de decisões do Judiciário (R$ 10.600 por paciente/ano) são proporcionalmente muito superiores àqueles destinados ao custeio do programa governamental de saúde (R$ 2.500 por paciente/ano), o que inexoravelmente conduz à desorganização das ações e serviços da pasta.

Diante desses números e cifras, o Estado de São Paulo decidiu interromper a inércia dessa realidade que caminhava rapidamente para a insustentabilidade, adotando medidas judiciais e extrajudiciais diferenciadas, as quais serão descritas e analisadas neste artigo científico.

3. AS MEDIDAS ADOTADAS PELO ESTADO DE SÃO PAULO

O Estado de São Paulo, acompanhando o cenário nacional, assistia desde o final da década de 1990 ao crescente aumento do volume de ações judiciais que objetivavam a obtenção de fármacos, tratamentos e insumos medicamentosos. Contudo, principalmente a partir de 2004, impressionante escalada do aporte de demandas desse gênero no Judiciário clamava por especial atenção dos gestores.

Essa evolução fica evidente no trabalho, apresentado no "I Fórum das Ações de Medicamentos", evento interno da Procuradoria do Estado ocorrido nos dias 16 e 30 de maio de 2008, por Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval, que é Procuradora do Estado de São Paulo.

Nesse estudo, a autora, analisando os processos que compunham sua banca na Procuradoria Judicial, apresenta os resultados do mapeamento das demandas propostas em face do Estado entre 2001 e 2008 (2008, p.4).

Comparando a proporção de variados tipos de demandas ajuizadas contra o Estado de São Paulo, conclui que o número das chamadas "ações de medicamentos", em relação aos demais tipos de ação ajuizada contra o Estado, apresentou considerável incremento nos últimos anos, especialmente em 2008:

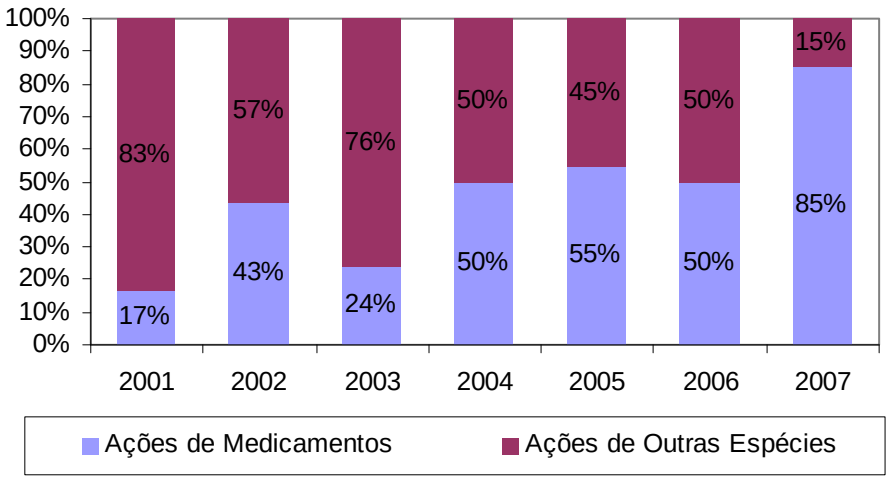


Gráfico 1 - Comparação entre o número das "ações de medicamentos" e demais ações propostas em face do Estado de São Paulo (PODVAL, 2008, p. 4)

Diante do impacto desse número crescente de ações judiciais, em outubro de 2008, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo instituiu dentro da Área do Contencioso da Capital um setor especializado em saúde pública, a 8ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial, que acompanha ações que tramitam perante a primeira instância das varas da Capital e recursos referentes a processos provenientes de todo o Estado.

A Secretaria Estadual de Saúde, por sua vez, investiu na criação de uma equipe multidisciplinar: a Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde (doravante denominada CODES), que funciona junto ao Gabinete do Secretário Estadual de Saúde.

Esses dois grupos especializados passaram, então, a se comunicar intensamente com o objetivo de compreender em profundidade tanto a lógica do funcionamento do sistema público de saúde quanto as formas de lidar com o fenômeno da judicialização da saúde.

Organizou-se, nesse sentido, uma visita dos Procuradores da 8ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial à chamada "Farmácia de Ação Judicial", um centro de distribuição de medicamentos e insumos criado exclusivamente para viabilizar o atendimento das ordens judiciais referentes a processos das comarcas da Grande São Paulo. Foi uma oportunidade de tornar mais concretas as discussões travadas nos processos, já que os Procuradores do Estado puderam conhecer pessoalmente os esforços e a movimentação gerada pelas inúmeras ações judiciais que chegavam diariamente em seus escaninhos.

Mas o primeiro grande fruto dessa parceria foi a criação e a implantação de um sistema informatizado para o controle das ações, forjado dentro da própria Secretaria Estadual de Saúde (portanto, sem grandes custos), denominado "Sistema de Controle Jurídico" (doravante, SCJ)[vi].

Esse *software* concentra um banco de dados com as seguintes informações: nome do paciente, nome do médico prescritor, unidade de saúde de atendimento, tipo de medicamento, material ou tratamento requerido, tipo de enfermidade, dados do processo judicial, nome do advogado do paciente, status do atendimento da ordem judicial, eventual condenação solidária com outros entes federados, etc.

O acesso fácil às informações constantes do SCJ permitiu ao Estado de São Paulo uma visão panorâmica da judicialização da saúde e, por isso, foi o grande responsável pela adoção de importantes medidas que se seguiram.

3.1 Parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Narrando as constatações que se tornaram possíveis com a implantação do SCJ, Luiz Duarte de Oliveira relata que o mapeamento das ações judiciais identificou ser a Defensoria Pública do Estado de São Paulo quem mais ajuizava as chamadas ações de medicamentos. Além disso, detectou-se a existência de elevado número de causas patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado cujo pleito envolvia produtos já disponibilizados pela rede pública de saúde (em fase de elaboração)[vii].

Diante da identificação dessa litigiosidade, por vezes desnecessária, o Estado adotou a estratégia descrita pelo Defensor Público do Estado de São Paulo Vitore Maximiano na já mencionada audiência pública n.º 04, ocorrida em março deste ano no Supremo Tribunal Federal (informação verbal)[viii].

Desde abril de 2008, consolidou-se uma parceria entre a Secretaria do Estado da Saúde e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (restrita ao Município de São Paulo), de acordo com a qual as pessoas que procuram os serviços dos defensores públicos, pretendendo o ajuizamento de demanda por medicamentos e afins, são encaminhadas a uma triagem realizada por técnicos

e farmacêuticos da Secretaria de Estado da Saúde, locados dentro do próprio prédio da Defensoria Pública.

Por meio desse atendimento administrativo, quando identificam pedidos de materiais disponíveis no SUS, esses servidores da Secretaria da Saúde indicam ao cidadão o preciso local de sua dispensação. No entanto, caso o medicamento prescrito não conste da lista oficial do SUS, mas exista terapia análoga disponível na rede pública, ela é ofertada ao paciente. E, por fim, nas hipóteses em que o medicamento não padronizado pelo SUS é realmente a única alternativa daquele paciente (de acordo com a avaliação de médico pertencente à Secretaria de Saúde), o fornecimento se dá via procedimento administrativo inaugurado no âmbito da Secretaria de Saúde.

Apresentando os resultados dessa parceria, o Defensor Público do Estado de São Paulo Vitore Maximiano afirmou que, antes dessas medidas, a unidade da Defensoria responsável por mover ações contra as Fazendas Públicas apresentava, na área de medicamentos, volume aproximado de 150 a 180 ajuizamentos por mês, exclusivamente no Município de São Paulo. E, em abril de 2009, esse número reduziu para aproximadamente 15 a 18 ações. Ou seja, houve redução em cerca de 90% da litigiosidade.

Nos gráficos abaixo, cotejamos os resultados de levantamento constante do estudo de Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval e Mirian Gonçalves Dilguerian (2009, p. 10), realizado em abril de 2008 e envolvendo 500 (quinhentos) processos judiciais pertencentes ao acervo de uma das bancas da 8ª Subprocuradoria (setor da Procuradoria do Estado especializado em ações de medicamentos), com os números obtidos em recente mapeamento de 232 (duzentas e trinta e duas) ações de medicamentos[ix] (pertencentes às bancas da 8ª Subprocuradoria) ajuizadas somente na capital em face do Estado de São Paulo, entre janeiro de 2009 a março de 2009[x].

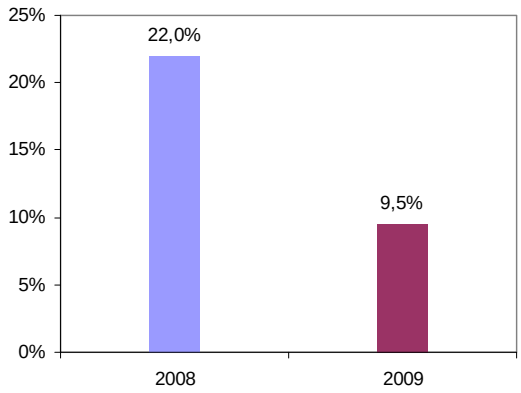


Gráfico 2 – Demandas patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Analisando os percentuais apresentados nos gráficos, nota-se que o número de ações de medicamentos propostas pela Defensoria Estadual reduziu drasticamente.

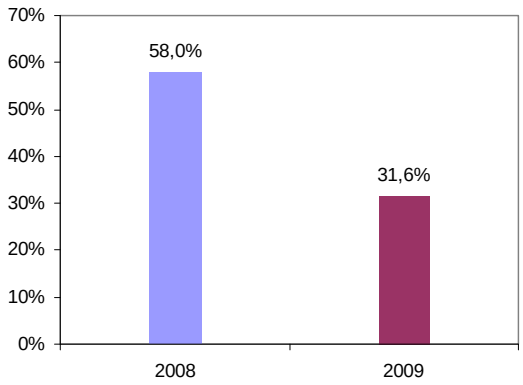


Gráfico 3 – Medicamentos já fornecidos pelo SUS

Além disso, outros resultados eventualmente podem ser atribuídos a essa parceria, como a redução de casos em que o demandante requer materiais ou medicamentos já fornecidos pelo SUS, porque, como já observado, havia a percepção de que a Defensoria Estadual patrocinava muitos casos em que os demandantes requeriam medicamento já disponibilizado pela rede pública.

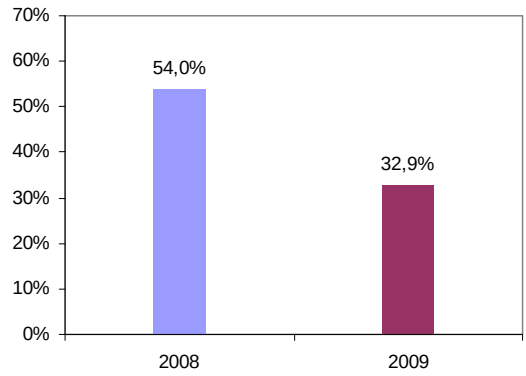


Gráfico 4 – Receitas provenientes da Rede Pública de Saúde

A redução de demandas baseadas em receitas médicas provenientes da rede pública de saúde pode também ser apontada como reflexo dessa parceria, já que geralmente pessoas assistidas pela Defensoria Pública são também usuárias dos serviços do SUS.

3.2 Identificação de demandas forjadas

O interesse da indústria farmacêutica na inclusão de medicamentos de sua fabricação na lista do SUS não pode ser negligenciado. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (BRASIL, 2004, p.18), descrevendo estratégia das empresas do ramo para obtenção de nova patente e aumento de seus lucros pela exclusiva comercialização do produto, menciona que:

> Muitos dos lançamentos no mercado são de medicamentos com pequenas alterações ou adições nas moléculas já disponíveis [...] com custo/tratamento significativamente superiores ao seu antecessor e desproporcionais em relação à resposta obtida no tratamento.

Ainda consoante o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (BRASIL, 2004, p.18), as indústrias investem em estratégias de marketing para apresentar tais medicamentos como a última geração no tratamento de certa enfermidade, persuadindo a classe médica e grupos específicos de usuários de suas características inovadoras e "ressaltando-se de forma desproporcional suas vantagens em relação à terapêutica instituída ou a produto já ofertado pelo SUS".

Nessa linha, relevante frisar a delicada proximidade entre laboratórios farmacêuticos e médicos, a qual é ilustrada por Eduardo Appio (2009): o Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul teria consultado o renomado oncologista Carlos Barrio antes de condenar o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre ao fornecimento do medicamento Herceptin, comercializado no Brasil pelos Laboratórios Roche a R$ 132.000,00 (cento e trinta e dois mil reais). Contudo, segundo o autor:

> [...] além de publicar artigos na revista médica da referida indústria, o referido médico, em datas recentes (18 a 20 de setembro de 2008) foi um dos coordenadores de um encontro internacional sobre o tema em Gramado-RS (Hotel Serrano), patrocinado por indústrias fabricantes de medicamentos.

Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas (2008, p.11), em estudo que mapeou entre 27 de março de 2008 e 26 de abril de 2008 o perfil dos beneficiários de decisões judiciais atendidos pela já citada Farmácia de Ação Judicial da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, destacam outra faceta dessa complexa rede de relações.

De acordo com essa pesquisa, 21,25% das ações analisadas foram propostas por advogados particulares financiados por organizações não-governamentais, sendo que a maioria dos demandantes (67,65%) não sabia nem ao menos declinar o nome da associação que patrocinou sua demanda judicial. Assim, ponderam os estudiosos que, embora não exista prova conclusiva de que organizações não-governamentais sejam patrocinadas pela indústria farmacêutica, difícil acreditar que uma associação independente não somente se ofereça a ajudar gratuitamente cidadãos, como também arque com os custos de suas demandas judiciais.

Daí porque, para o enfrentamento desse intrincado cenário, é de inestimável valor o acesso proporcionado pelo *software* SCJ a uma visão global das ações de medicamentos.

De fato, permitindo o cruzamento de dados que antes eram percebidos apenas individual e isoladamente, referido *software* tornou simples detectar a coincidência recorrente entre a enfermidade narrada, o medicamento requerido (e o laboratório farmacêutico interessado), o advogado patrocinador da causa e o médico prescritor.

Esse monitoramento e a possibilidade de identificar ações orquestradas que enxergam na judicialização das ações e serviços de saúde fonte infinita de obtenção lucros, em detrimento do erário e da saúde da população, resultou na operação policial “Garra Rufa” que em 1º de setembro de 2008 identificou três organizações criminosas, integradas por médicos, advogados, organização não-governamental e representantes de laboratórios, que atuavam na região do Município de Marília.

Naquela oportunidade, o jornal Folha de São Paulo (WESTIN; KAWAGUTI, 2008) noticiou a prisão de nove pessoas: um médico, dois advogados, dois membros da Organização Não-Governamental “Associação dos Portadores de Vitiligo e Psoríase do Estado de São Paulo” e quatro funcionários dos laboratórios farmacêuticos Wyeth, Mantecorp e Merck Serono.

De acordo com as investigações, o objetivo do bando era obter lucro fácil mediante ajuizamento de ações contra o poder público, requerendo fármacos que não constam dos programas oficiais de saúde e são fabricados pelos três laboratórios farmacêuticos envolvidos.

Com efeito, embora o SUS forneça gratuitamente três medicamentos para o tratamento da doença, cujos preços variam entre R$ 50,00 (cinquenta reais) e R$ 1.000,00 (mil reais), os advogados da quadrilha forjavam prescrições médicas para obrigar o Estado de São Paulo, por meio de ações judiciais, a adquirir remédios com custo mensal de aproximadamente R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por paciente.

Apenas em 2008, a Secretaria de Saúde do Estado atendeu a 3.800 ordens judiciais, dentre as quais 2.500 com origem fraudulenta, gerando um prejuízo estimado em R$ 63.000.000,00 (sessenta e três milhões de reais).

Os prejuízos ao Tesouro Paulista foram evidentes; no entanto, as maiores vítimas da quadrilha foram alguns dos autores das demandas judiciais, que foram medicados sem apresentar qualquer tipo de enfermidade.

Nesse sentido, o Procurador do Estado Thiago Pucci Bego, atuante na Regional de Marília, afirmou, em entrevista concedida à Associação dos Procuradores do Estado, que conseguiu contatar quatro pessoas, bastante humildes, que figuravam como demandantes de ações propostas na Comarca de Quatá: dois deles revelaram não ser portadores de psoríase e nenhum deles tinha conhecimento de que eram autores das demandas em face do Estado (MARÍLIA..., 2008).

3.3 Incorporação de novos medicamentos à lista do SUS

Ainda em razão do banco de dados disponível no SCJ foi possível perceber a recorrência de alguns pleitos legítimos e, com isso, atualizar, de forma criteriosa, a lista oficial do SUS (incorporando novos produtos aos programas já existentes) e, até mesmo, criar protocolos para tratamento de diversas enfermidades antes não abrangidas pelas políticas públicas anteriores.

Luiz Duarte de Oliveira afirma, nessa linha, que o constante monitoramento de ações judiciais que tinham por objeto medicamentos que, por sua comprovada eficiência e segurança, mereciam incorporação por programas públicos de saúde, permitiu ao gestor público estabelecer regras técnicas para racionalizar sua dispensação. Elenca o autor, nesse sentido, programas oficiais de assistência farmacêutica do Estado de São Paulo cuja origem foi estimulada pelas demandas judiciais:

> - Prevenção da Infecção pelo Vírus Sincicial Respiratório - Resolução SS-249, de 13 de julho de 2008;
> - Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica - DPOC – Resolução SS-278, de 26 de julho de 2008;
> - Norma Técnica para utilização de Aripiprazol - Resolução SS-295, de 04 de setembro de 2008;
> - Protocolo para Tratamento dos Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar– Resolução SS-321, de 30 de outubro de 2008;
> - Norma técnica para Tratamento de Hepatite B Crônica – Resolução SS-40, de 31 de março de 2006;
> - Norma técnica para Tratamento da Hepatite C Crônica – Resolução SS-39, de 31 de março de 2006;
> - Protocolo Clínico da Dispensação de Fórmulas Infantis para pacientes com Alergia à proteína do leite de vaca – Resolução SS-3436, de 27 de novembro de 2008.
> (em fase de elaboração)[xi]

3.4 Instrumento de trabalho dos Procuradores do Estado de São Paulo

Além de conter referida reunião de dados que possibilitou a adoção das medidas acima descritas, esse sistema informatizado disponibiliza aos Procuradores do Estado, responsáveis por realizar a defesa do Estado de São Paulo nesses processos, acesso a relatórios com informações técnicas específicas sobre o caso consultado.

Nesse relatório técnico, os médicos e farmacêuticos do CODES informam, por exemplo, se o medicamento requerido é registrado na ANVISA, se é comercializado no país, se realmente apresenta benefícios ao tratamento da enfermidade apresentada, se apresenta contra-indicação para o caso, se é fornecido pela rede pública, se existe alternativa terapêutica disponível na rede pública, se consta registro de pedido administrativo anterior formulado pelo autor, etc.

O acesso “on line” dos Procuradores do Estado às informações técnicas disponibilizadas no SCJ significou, por um lado, economia de tempo e, por outro, inegáveis ganhos de qualidade nas defesas apresentadas pelo Estado de São Paulo.

O ganho de tempo e desburocratização no acesso às informações foi evidente, pois no lugar de infindável troca de ofícios entre os órgãos da Administração Pública, a consulta “on line” aos relatórios técnicos disponibiliza com agilidade e eficiência informações médicas necessárias à elaboração da defesa do ente federado.

Além disso, antes da criação do SCJ, as defesas do Estado de São Paulo eram principalmente alicerçadas em teses jurídicas de praticamente nenhum êxito junto ao Judiciário, como a preliminar de ilegitimidade de parte (negando a responsabilidade que pela organização do Sistema Único de Saúde não seria de sua alçada, mas de outro ente federativo), a invocação do princípio constitucional da separação dos Poderes (que impediria a ingerência judicial em matéria de gestão pública e de discricionariedade administrativa).

Isso provavelmente se devia, por um lado, à dificuldade dos Procuradores do Estado em identificar material idôneo (em sítios eletrônicos ou livros especializados) para embasar defesa que abordasse questões técnicas acerca da enfermidade ou do fármaco requerido.

Por outro lado, a falta de familiaridade com a linguagem médica e, mesmo, o fato de que os dados encontrados nas fontes disponíveis eram demasiadamente genéricos e não necessariamente aplicáveis ao caso analisado, tornavam temerária a defesa dessas teses de cunho técnico.

A ausência de informações ou contra-argumentos de ordem médica certamente tornava ainda mais difícil algum êxito da defesa do ente público junto aos magistrados, já que as teses jurídicas eram por eles frequentemente rechaçadas e o relatório médico apresentado pelo demandante restava inconteste.

No entanto, atualmente, a realidade é bastante diversa, pois os relatórios técnicos elaborados pelo CODES trazem análise individual de cada demanda, sendo fontes confiáveis de informações relevantes e fortes argumentos de defesa do Estado.

Inclusive, no já mencionado evento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, o "I Fórum de Ações de Medicamentos", conduzido por Procuradores do setor especializado (8ª Subprocuradoria) e tendo como participantes convocados Procuradores de todo o Estado, enfatizou-se a necessidade de readequar a abordagem do tema nas defesas do Estado, para que toda negativa de fornecimento seja embasada em argumentos individualizados e específicos do caso concreto (informação verbal)[xii].

A respeito dessa relevante preocupação, vale mencionar trecho da fala do então Procurador Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, na já citada audiência pública da saúde, quando observa ser imprescindível que União, Estados, Distrito Federal e Municípios elaborem defesas não somente circunscritas a aspectos processuais ou exclusivamente jurídicos, mas que abordem questões fáticas que apresentem as nuances de cada caso, o que denominou de "efetiva defesa" (informação verbal)[xiii].

Gustavo Amaral e Danielle Melo (2008, p. 107) abordando o mesmo assunto, frisam a necessidade de o Estado se organizar para explicitar e justificar suas escolhas perante o Poder Judiciário, demonstrando a utilização de critérios razoáveis que convençam os magistrados da coerência da disponibilização de uma terapia e não de outra.

3.5 Pedido administrativo

A mais recente estratégia adotada pelo Governo do Estado de São Paulo para lidar com o fenômeno da judicialização do direito à saúde é a implementação de serviço provisoriamente denominado "pedido administrativo" (em fase de elaboração)[xiv], o qual foi oficialmente inaugurado em 10 de agosto de 2009.

A ideia é criar uma instância administrativa para fornecimento espontâneo de medicamentos não padronizados pelo SUS, a ser considerada condição de procedibilidade das ações por medicamentos.

Para o atendimento administrativo, o paciente deve comparecer a um posto localizado no bairro paulistano Baixada do Glicério, junto às instalações

da Farmácia de Alto Custo Várzea do Carmo, munido de receita médica proveniente da rede pública ou privada.

Nesse local, é realizado imediato cadastro do paciente, com anotação dos produtos pleiteados. Caso se trate de material já padronizado pelo SUS, será indicado local próprio para sua retirada. Cuidando-se de produto não padronizado, mas para o qual exista alternativa terapêutica fornecida pelas farmácias do complexo, o paciente será orientado a consultar seu médico sobre a viabilidade de modificar a prescrição.

Por fim, caso o medicamento não seja padronizado e nem haja alternativa terapêutica fornecida pelo SUS, a pessoa será orientada a entregar ao médico prescritor um laudo de requerimento administrativo para preenchimento. Neste laudo, o profissional deve informar sobre o quadro clínico e diagnóstico encontrado, as terapias medicamentosas às quais o paciente já foi submetido, seus resultados, o princípio ativo almejado (sem possibilidade de indicar marcas) e as justificativas técnicas do tratamento indicado. Afora isso, cabe também ao médico do paciente definir, mediante argumentos de ordem eminentemente técnica, eventual urgência para apreciação daquele pleito administrativo.

Mencionado pedido administrativo será analisado por equipe técnica multidisciplinar da Secretaria Estadual de Saúde, composta por médicos e farmacêuticos. Demonstrado tecnicamente que as terapias disponibilizadas pelo sistema público não são úteis ou eficazes para o tratamento daquele enfermo, o fornecimento requerido lhe será excepcionalmente franqueado. Caso contrário, a Secretaria de Saúde negará o pleito administrativo. Qualquer que seja o resultado da avaliação realizada pela equipe multidisciplinar, o mesmo será enviado ao paciente por telegrama.

Resta, portanto, patente que embora a implantação dessa via administrativa a princípio implique o aumento no fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo, já que, se demonstrada a real necessidade, é possível a obter medicamento não padronizado pelo SUS, a adoção dessa estratégia não objetiva atender indiscriminadamente todos os pedidos administrativos formulados. Muito ao contrário, cuida-se de tentativa de racionalizar o fornecimento de medicamentos pelo Estado, selecionando as demandas que alcançarão a via judicial.

Com efeito, transformando o pedido administrativo em condição de procedibilidade das ações por medicamentos, como já vem ocorrendo em algumas Varas da Fazenda Pública da Capital, o Estado pretende modificar cenários atualmente recorrentes:

a) sendo a negativa de atendimento administrativo embasada em argumentos técnicos, as demandas que aportarem ao Judiciário não poderão apresentar como causa de pedir a genérica negativa do ente estatal em disponibilizar assistência farmacêutica;

b) o acesso inicial às razões que levaram o ente estatal a negar o pedido administrativo deduzido munirá o juízo da causa, ainda em sede de antecipação de tutela (invariavelmente requerida), de elementos técnicos para decidir com maior segurança;
c) como existe estrutura própria para a formalização do pedido administrativo e a resposta negativa da equipe técnica é documentada por telegrama, os demandantes não poderão afirmar que tiveram seu pedido administrativo verbal e imotivadamente negado por funcionário da Secretaria da Saúde não identificado;
d) a análise administrativa do pleito cria controvérsia fática, que não prescinde de fase instrutória para ser dirimida; portanto, a via do mandado de segurança deixa de ser opção para o demandante que deve comprovar exaustivamente a necessidade do medicamento pleiteado;
e) na seara administrativa, o pedido deve se cingir ao princípio ativo do medicamento, sendo vedada a escolha de marca, laboratório, formato, etc; assim, ainda que o embate judicial seja inevitável, coíbem-se as chamadas demandas dirigidas ou artificiais de que tratamos anteriormente.

Embora a inauguração oficial deste serviço tenha sido bastante recente, a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo vinha implementando o atendimento administrativo desde 2007. Assim, Luiz Duarte de Oliveira ressalta a redução da litigiosidade após a instituição dessa esfera administrativa:

> Análise feita em janeiro de 2009 no sistema informatizado de gestão das ações por medicamentos mostra sensível redução das ações ajuizadas na Capital do Estado, por conta do incremento da via dos pedidos administrativos: em 2006 foram ajuizadas 4.123 ações e formalizados 451 pedidos administrativos. Em 2007, foram 3.996 ações judiciais e 646 pedidos administrativos, e em 2008, 3.098 ações e 1.945 pedidos administrativos.
> O decréscimo de 25% do número de ações ajuizadas na cidade de São Paulo, no período de dois anos, dá conta que muito já se realizou, mas que muito existe também por realizar (em fase de elaboração)[xv].

4. CONCLUSÃO

Este artigo abordou o tema da judicialização do direito à saúde pela perspectiva do desafio da busca de alternativas, judiciais e extrajudiciais, para lidar com esse fenômeno.

Identificadas algumas dificuldades decorrentes do movimento da judicialização do direito à saúde, foram descritas medidas inovadoras adotadas

pela Administração do Estado de São Paulo no enfrentamento dessa complexa realidade que envolve interesses variados e, muitas vezes, conflitantes.

Nessa linha, detalharam-se estratégias como a parceria entre a Secretária do Estado da Saúde e a Defensoria Pública do Estado, a criação do *software* SCJ, o trabalho na identificação de demandas forjadas, a atualização da lista de medicamentos do SUS e a disponibilização de relatório técnico para embasar as defesas judiciais do Estado.

Da análise dessa experiência paulistana, infere-se que a tentativa de solucionar as tensões entre a limitação dos recursos públicos e a infinidade de carências relacionadas à saúde da população, por envolver escolhas complexas, não prescinde do diálogo e de ações conjuntas dos diversos setores da sociedade.

Além disso, esse desafio demanda crescente investimento, por parte do Estado, em tecnologias e métodos de racionalização dos dados relacionados à judicialização, para diferenciar legítimas demandas, que devem ser na medida do possível incorporadas pelas políticas públicas, daquelas patrocinadas por verdadeiras redes criminosas interessadas em enriquecer às custas do erário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87-109.

APPIO, Eduardo. Um negócio de bilhões. **Espaço Vital**, Porto Alegre, fev. 2009. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009>. Acesso em: 12 jul. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica: Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional.** Brasília: Conass, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.577, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria2577_13nov2006.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n.º 04, ocorrida nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 15 jun. 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e eqüidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, Rio de Janeiro, 52 v., p. 223-251, 2009.

GUISE, Mônica; WANG, Daniel; CAMPOS, Thana. *Access to medicines: pharmaceutical patents and the right to health*. *In*: SHAVER, Lea (Org.). ***Access to knowledge in Brazil****: new research on intellectual property, innovation and development*. New Haven: Information Society Project, 2008. p. 165-213.

MARÍLIA: procuradores foram fundamentais para desmascarar o "golpe do remédio". **Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo**, São Paulo, 03 set. 2008. Disponível em <http://www.apesp.org.br/Associado/golpe_remedios.htm>. Acesso em: 12 jul. 2009.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina. **Uma análise das ações judiciais nos últimos sete anos.** Trabalho apresentado no FÓRUM DAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, São Paulo, 2008.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina; DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. A experiência paulista na concretização das regras constitucionais ligadas à saúde pública. **Revista do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, 2009. No prelo.

SILVA, Virgílio Afonso da; Terrazas, Fernanda Vargas. ***Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded***. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 13 jul. 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. *In*: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Orgs.). **Jurisprudência Constitucional:** como decide o STF?. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 275-300.

WESTIN, Ricardo; KAWAGUTI, Luis. Nove são presos acusados de aplicar o "golpe do remédio". **Folha de São Paulo**, São Paulo, 02 set. 2008, Cotidiano.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do Direito à Saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-JULIANA-YUMI.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.

[i] Estudioso das decisões do Supremo Tribunal Federal em face das ações de medicamentos, Daniel Wei Liang Wang (2009, p. 283-284) observa que a Corte sempre entendeu que os custos do direito à saúde e a limitação de recursos públicos para seu atendimento não eram aceitos como argumentos a justificar a negativa de concretização desse direito de natureza constitucional. Em 2008, no entanto, decisões da Ministra Ellen Gracie, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, apontavam para uma possível modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. A Ministra reconheceu a não-obrigatoriedade do fornecimento pelo Estado de fármacos requeridos, sob o fundamento de que, diante da sabida limitação dos recursos, a racionalização dos gastos públicos era imprescindível para o

atendimento do maior contingente possível de pessoas. Contudo, o autor observa que mesmo depois das referidas decisões inéditas, a Corte – e até mesmo a Ministra Ellen Gracie – já decidiu inúmeras vezes nos padrões anteriores, não sendo possível identificar uma linha de argumentação coerente a ser aplicada em casos futuros.

[ii] Encontram-se em andamento no Supremo Tribunal Federal pedidos de suspensão de segurança, de tutela antecipada, de liminar, recurso extraordinário já com repercussão geral reconhecida, e, também, uma proposta da Defensoria-Geral de súmula vinculante sobre o tema. Diante disso, foi convocada em 05 de março de 2009 a audiência pública n.º 04, que ouviu cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 15 jun. 2009.

[iii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n.º 04, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2009.

[iv] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n.º 04, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

[v]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n.º 04, 2009, Brasília. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo_Hoff.pdf >. Acesso em: 10 jul. 2009.

[vi] Essa experiência de integração entre a Secretaria da Saúde (CODES) e a Procuradoria do Estado de São Paulo (8ª Subprocuradoria) concorreu à 5ª edição do Prêmio “Mario Covas” (2008) com o projeto denominado **Uma parceria inovadora para fazer frente ao fenômeno da “judicialização das políticas públicas de saúde” - A otimização da gestão pública.** Trata-se de premiação destinada a incentivar o trabalho dos servidores públicos na busca da modernização administrativa e da excelência em gestão. O projeto saiu como um dos vencedores na categoria “Inovação em Gestão Pública”. Disponível em: <http://www.premiomariocovas.sp.gov.br/2008/conteudo/Premiados2008.html>. Acesso em: 12 jul. 2009.

[vii] **A judicialização da saúde pública e a experiência paulista**, São Paulo, 2009, p. 6-7.

[viii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n.º 04, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Vitore_Maximiano.pdf >. Acesso em: 13 jul. 2009.

[ix]Este universo de duzentos e trinta e dois processos analisados não abrange todas as ações distribuídas nas varas da capital durante o período. A pesquisa de campo foi realizada durante finais de semana nas dependências da já mencionada 8ª Subprocuradoria, mediante análise de pastas administrativas (espelhos dos autos judiciais). Assim, por várias razões, não foi possível consultar 41 (quarenta e uma) pastas referentes a novas ações do período. Não obstante essa limitação, a referida amostragem é suficiente para fornecer uma ideia geral das atuais características das demandas do gênero.

[x] Importante frisar que a comparação entre os resultados das pesquisas pretende somente proporcionar uma visão geral para possibilitar a identificação dos efeitos mais evidentes provocados pela mudança de postura do Estado de São Paulo. Por isso, certo é que a comparação realizada não observou padrões rigorosos: foram cotejados dados de mapeamento referente a uma das bancas da 8ª Subprocuradoria com resultados de levantamento que analisou novos processos da 8ª Subprocuradoria como um todo. No entanto, para os fins deste artigo, partimos do pressuposto de que, a rigor, as características dessa

banca da 8ª Subprocuradoria não diferem de modo significativo das características das demais bancas do setor.

[xi] **A judicialização da saúde pública e a experiência paulista**, São Paulo, 2009, p. 8-9.

[xii] FÓRUM DAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2008, São Paulo.

[xiii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n.º 04, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2009.

[xiv] OLIVEIRA, Luiz Duarte, **A judicialização da saúde pública e a experiência paulista**, São Paulo, 2009, p. 11.

[xv] **A judicialização da saúde pública e a experiência paulista**, São Paulo, 2009, p. 14.