

4 DEMANDA JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE FRENTE A TRAGÉDIA DOS COMUNS

Jonatas Matias Xavier¹
José Everton da Silva²

RESUMO

O presente artigo tem três categorias estratégicas, quais sejam: a demanda por medicamentos, o direito à saúde e a tragédia dos comuns. Para entender a relação entre cada uma delas é necessário primeiramente conhecer os seus respectivos conceitos operacionais. Sendo assim, observa-se que quando se fala em demanda por medicamentos, refere-se às situações em que o Estado, através do Sistema Único de Saúde ("SUS"), bem como os planos de saúde particulares negam de modo integral ou parcial o tratamento medicamentoso indicado expressamente pelo médico, repassando tais custos ao paciente³. Nessa perspectiva, tem-se que o direito à saúde é um dos direitos sociais fundamentais estabelecidos pela CRFB/1988 em seu artigo 6^o. Por fim, no que tange ao conceito operacional de tragédia dos comuns, trata-se da situação teórica em que os recursos são finitos e são colocados à disposição para um livre acesso de uma demanda irrestrita, podendo ocorrer a superexploração desses recursos. Com isso, o recurso fica estruturalmente condenado. Surge um conflito, onde de um lado estão os interesses individuais e de outro o bem comum.⁵ Feita essa introdução, mister ressaltar que o objetivo do presente artigo consiste em compreender qual a contribuição que o contraste entre os conceitos operacionais de direito à saúde e tragédia dos comuns pode oferecer do ponto de vista teórico às decisões judiciais referentes às demandas por medicamentos de alto custo. Ademais, assevera-se que este artigo segue a linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito vinculada ao mestrado em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu-Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo; na fase de tratamento dos dados foi o analítico; e, por fim, no relatório da pesquisa o método empregado também foi o indutivo.

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* de Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), e-mail: jonatas.xavier@gurevichadvogados.com.br

² Professor do programa de Mestrado/Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Atualmente ocupa o cargo de Diretor da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIVALI. E-mail: caminha@univali.br

³ JUBRAN & GAZZULI ADVOGADOS. **Medicamentos de alto** custo. Disponível em: <<http://jggadvogados.com.br/servicos/medicamentos-de-alto-custo/>>. Acesso em: 26. Jul. de 2020.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07.08.2020.

⁵ LENZA, Pedro (coord.); SAMPAIO, Luiza. **Microeconomia**. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=0omxDwAAQBAJ&lpg=PP1&dq=luiza%20sampaio%20microeconomia&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 26. jul. de 2020.

Palavras-chave: 1. Demanda por medicamentos de alto custo. 2. Direito à saúde. 3. Tragédia dos Comuns.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como temática a demanda por medicamentos de alto custo, delimitando-a sob o viés da dicotomia existente entre direito à saúde e tragédia dos comuns. Sendo assim, antes de conhecer a relação existentes entre as categorias estratégicas do presente trabalho, faz-se mister entender o conceito operacional de cada uma delas.

Quando se fala em demanda judicial por medicamentos, refere-se às situações em que o Estado, através do Sistema Único de Saúde ("SUS"), bem como os planos de saúde particulares negam de modo integral ou parcial o tratamento medicamentoso indicado expressamente pelo médico, repassando tais custos ao paciente⁶.

Nessa perspectiva, tem-se que o direito à saúde é um dos direitos sociais fundamentais estabelecidos pela CRFB/1988 em seu artigo 6^o⁷, sendo assim, tal direito possui a característica de exigir do Estado ações concretas e efetivas para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Deve assim o Estado intervir na dinâmica social para a proteção do direito à saúde.⁸ Ademais, assevera-se que este artigo segue a linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito vinculada ao mestrado em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu-Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

Por fim, no que tange ao conceito operacional de tragédia dos comuns, trata-se da situação teórica em que os recursos são finitos e são colocados à disposição para um livre acesso de uma demanda irrestrita, podendo ocorrer a superexploração desses recursos. Com isso, o recurso fica estruturalmente condenado. Surge um conflito, onde de um lado estão os interesses individuais e de outro o bem comum.⁹

Feita essa introdução, mister ressaltar que o objetivo geral do presente artigo consiste em compreender qual a contribuição que o contraste entre os conceitos operacionais de direito à saúde e tragédia dos comuns pode oferecer do ponto de vista teórico às decisões judiciais referentes às demandas por medicamentos de alto custo. Para alcançar tal escopo, foram traçados como

⁶ JUBRAN & GAZZULI ADVOGADOS. **Medicamentos de alto** custo. Disponível em: <<http://jggadvogados.com.br/servicos/medicamentos-de-alto-custo/>>. Acesso em: 26. Jul. de 2020.

⁷ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04. dez. de 2020.

⁸ SOUSA, José F. **Direito à saúde**. n. p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=rch5DwAAQBAJ&lpg=PA73&dq=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&hl=pt-BR&pg=PA73#v=onepage&q=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&f=false>>. Acesso em: 05. ago. de 2020.

⁹ LENZA, Pedro (coord.); SAMPAIO, Luiza. **Microeconomia**. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=0omxDwAAQBAJ&lpg=PP1&dq=luiza%20sampaio%20microeconomia&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 26. jul. de 2020.

escopo: 1) versar sobre a judicialização da demanda farmacêutica; 2) conceituar tragédia dos comuns; 3) Abordar a temática do direito à saúde.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA DEMANDA FARMACÊUTICA

De modo sucinto, o presente tópico tem por escopo dissertar sobre a demanda farmacêutica de remédios de alto custo e sobre a judicialização, bem como entender a relação entre esses dois fenômenos.

O Sistema Único de Saúde (SUS) tem como objetivo o acesso da população brasileira ao sistema de saúde de forma integral, universal e igualitária, incluindo o atendimento ambulatorial e os transplantes de órgãos.¹⁰

Contudo, é evidente que tais objetivos não são devidamente concretizados pela políticas públicas, haja vista que, nos últimos anos, um drástico aumento de demandas judiciais relacionadas a medicamentos junto aos gestores de saúde, fez nascer o que hoje se conhece por “judicialização da demanda farmacêutica”.^{11;12}

Segundo Cardoso, o fenômeno da Judicialização não se limita às Políticas Públicas de Saúde. Há que se reconhecer a Judicialização como fenômeno cultural, talvez até como efeito adverso das ondas de acesso à Justiça, as quais, levadas ao extremo, também contribuem para o aumento da litigiosidade.¹³

A cultura da concessão da Justiça Gratuita, concedida sem maiores critérios, e a certeza de que o processo quase nunca terá consequência negativa ao autor do ponto de vista da sucumbência, dá azo à propositura desenfreada de ações irresponsáveis e desprovidas de fundamentos, sendo seu melhor exemplo, talvez, o dos pedidos de indenização por danos morais.¹⁴

¹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Governo Federal. **Entendendo o SUS**. Brasília (DF): Ministério da Saúde; 2006. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilhaentendendo-o-sus-2007.pdf>>.

¹¹ BOTH, Valdevir. *et. al.* **Pacto pela saúde: possibilidade ou realidade?** 2 e. d. Passo Fundo: IFIBE/CEAP, 2009. 46p.

¹² SARTÓRIO, Maria José. **Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo: a questão da judicialização da demanda**. 2004. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Ciências Farmacêuticas, Universidade Federal do Rio Grande Sul, Porto Alegre, 2004.

¹³ CARDOSO, Daniel. **Judicialização da saúde: solução ou parte do problema?** Londrina: Thort, 2020. 131p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=iSHTDwAAQBAJ&lpg=PA1&dq=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%3A%20solu%C3%A7%C3%A3o%20ou%20parte%20do%20problema%3F&hl=pt-BR&pg=PA1#v=onepage&q=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde:%20solu%C3%A7%C3%A3o%20ou%20parte%20do%20problema?&f=false>>. Acesso em: 01. set. de 2020.

¹⁴ CARDOSO, Daniel. **Judicialização da saúde: solução ou parte do problema?** Londrina: Thort, 2020. 131p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=iSHTDwAAQBAJ&lpg=PA1&dq=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%3A%20solu%C3%A7%C3%A3o%20ou%20parte%20do%20problema%3F&hl=pt-BR&pg=PA1#v=onepage&q=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde:%20solu%C3%A7%C3%A3o%20ou%20parte%20do%20problema?&f=false>>. Acesso em: 01. set. de 2020.

O aprofundamento das demandas de Saúde, portanto, e em certa medida, é também produto dessa cultura, principalmente se considerado o fato de que praticamente todo cidadão é potencial autor de uma demanda, dado que, em determinado momento de sua vida irá necessitar de algum tratamento de Saúde, por mais simples que seja.¹⁵

Desta feita, foram apontados no presente tópico algumas discussões e reflexões sobre as demandas por medicamentos de alto custo e sobre a Judicialização. Conclui-se que as políticas públicas de saúde não são efetivas, motivo pelo qual surge o fenômeno da Judicialização das demandas farmacêuticas. Já no que diz respeito à Judicialização em si, observou-se que alguns autores entendem que tal fenômeno decorre da falta de critérios na concessão da gratuidade da justiça, ocasionando uma ausência de responsabilização do Autor por honorários e custas processuais no caso de uma eventual sucumbência.

2. DIREITO A SAÚDE E TRAGÉDIA DOS COMUNS

Prosseguindo, passa-se à explanação dos conceitos operacionais de Direito à saúde e tragédia dos comuns, bem como da inter-relação entre ambos.

O direito à saúde, como direito social que é, realmente possui a característica de exigir do Estado ações concretas e efetivas para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Deve assim o Estado intervir na dinâmica social para a proteção do direito à saúde.¹⁶

Ao mesmo tempo, a saúde possui diversas características que lhe oferecem contornos de direito subjetivo público. O direito à saúde pode ser também considerado um direito subjetivo público (faculdade de agir por parte de um cidadão ou de uma coletividade para ver um direito seu ser observado), na medida em que permite que o cidadão usufrua-lo. 'É importante destacar que a saúde compõe o sistema de seguridade social brasileiro, formado por três áreas sociais para o bem-estar social do ser humano – a previdência social, a assistência social e a saúde' (art. 194, CF).¹⁷

O art. 196 da Constituição Federal dispõe expressamente: 'A saúde é direito de todos dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

¹⁵ CARDOSO, Daniel. **Judicialização da saúde: solução ou parte do problema?** Londrina: Thort, 2020. 131p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=iSHTDwAAQBAJ&lpg=PA1&dq=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%3A%20solu%C3%A7%C3%A3o%20ou%20parte%20do%20problema%3F&hl=pt-BR&pg=PA1#v=onepage&q=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde:%20solu%C3%A7%C3%A3o%20ou%20parte%20do%20problema?&f=false>>. Acesso em: 01. set. de 2020.

¹⁶ SOUSA, José F. **Direito à saúde.** n. p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=rch5DwAAQBAJ&lpg=PA73&dq=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&hl=pt-BR&pg=PA73#v=onepage&q=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&f=false>>. Acesso em: 05. ago. de 2020.

¹⁷ SOUSA, José F. **Direito à saúde.** n. p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=rch5DwAAQBAJ&lpg=PA73&dq=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&hl=pt-BR&pg=PA73#v=onepage&q=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&f=false>>. Acesso em: 05. ago. de 2020.

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação'.¹⁸

Assim, pode-se perceber que, como direito social, o direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos etc. 'Além disso, deve-se ter em vista que o direito à saúde também se configura em um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou de um tratamento cirúrgico'.¹⁹

Ademais, faz-se necessário tecer algumas considerações preambulares concernentes aos recursos comuns, antes de se adentrar na tragédia dos comuns propriamente dita.

Os bens comuns, os quais pertencem a todos, podem ser extraídos sob um regime de propriedade no qual o usuário não poderá ser excluído desse domínio. A Natureza, os seus ecossistemas e a biodiversidade, se tornam um exemplo dessa definição. Não obstante seja possível observar que os ambientes naturais estejam restritos às regras do Estado-nação, como é o caso da Amazônia, por exemplo, toda a teia da vida ali presente não pertence somente aos seus países, mais podem ser compartilhados com outros lugares e culturas a fim de promover a mitigação dos efeitos da crise ambiental.²⁰

Pode-se entender tal questão através da parábola escrita por Garret Hardin, em 1968, conhecida como a Tragédia dos Comuns. A tragédia dos comuns relata a história de pastores que colocavam seus animais em terra pública. Como o lucro que cada pastor tinha estava associado ao número de ovelhas que possuía, eles acreditavam que, colocando um animal a mais na terra pública, seus lucros aumentariam e a pastagem necessária para todo o rebanho da comunidade se reduziria muito pouco. Ocorre que, se todos os pastores pensarem dessa forma, a terra ficaria superpopulosa e, pelo seu uso intensivo, começaria a perder a capacidade de se recuperar, ficando estéril. Assim, a criação de ovelhas torna-se inviável, levando à tragédia dos comuns. Portanto, quando um pastor usa esse recurso comum, ele reduz a possibilidade de outro pastor utilizá-la. Gera, por conseguinte, uma externalidade negativa. Cabe ao governo regular a utilização desse recurso, cobrar impostos pela sua utilização ou, até mesmo, privatizar o

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07.08.2020.

¹⁹ SOUSA, José F. **Direito à saúde**. n. p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=rch5DwAAQBAJ&lpg=PA73&dq=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&hl=pt-BR&pg=PA73#v=onepage&q=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&f=false>>. Acesso em: 05. ago. de 2020.

²⁰ SOUSA, José F. **Direito à saúde**. n. p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=rch5DwAAQBAJ&lpg=PA73&dq=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&hl=pt-BR&pg=PA73#v=onepage&q=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&f=false>>. Acesso em: 05. ago. de 2020.

recurso comum, já que tornando-se um bem privado, há incentivo em se preservar já que colhe benefícios desse esforço.²¹

O uso de um recurso comum por um grupo de pessoas reduz as possibilidades de que outros grupos possam utilizá-los. Como consequência, dado o suprimento ou o fornecimento de um recurso comum, num intervalo maior ou menor de tempo, os formuladores de políticas públicas precisam se preocupar com a quantidade e a qualidade desse recurso.²²

Sendo assim, passa-se à Inter-relação entre tragédia dos comuns e direito à saúde. Em síntese, a grande questão que se coloca em pauta é como achar o ponto de equilíbrio entre proteção do Direito à Saúde e da perspectiva econômica.

3. CONTRIBUIÇÕES DO CONCEITO OPERACIONAL DE TRAGÉDIA DOS COMUNS PARA AS DECISÕES JUDICIAIS REFERENTES ÀS DEMANDAS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

A temática da demanda por medicamentos de alto custo já foi amplamente abordada nos tribunais e nas universidades brasileiras. Porém, ainda não se tem um consenso sobre qual critério o Estado-Juiz deve utilizar para negar ou conceder uma medicação de alto custo. Desta feita, o último tópico do presente artigo objetiva elucidar quais as contribuições que o conceito operacional de tragédia dos comuns pode oferecer a título de base teórica para as decisões judiciais que versam sobre medicamentos de alto custo.

Fica claro através da explanação feita até aqui que quando um recurso comum finito é usado em demasia como se infinito fosse, a consequência é invariavelmente a extinção de tal recurso. Nesse espeque, as verbas públicas destinadas para a compra de medicamentos não fogem a essa regra.

A título de exemplo, cabe destacar um entendimento proferido pelo Desembargador Alexandre Moraes da Rosa, em julgamento paradigmático da 1ª Turma de Recursos da Capital, no qual o magistrado propõe uma distinção teórica entre acesso à justiça autêntico e inautêntico a fim de evidenciar o critério de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.²³

O caso em concreto tratava-se de um mandado de segurança que se insurgia contra uma decisão que indeferiu a justiça gratuita por falta de documentos que comprovassem a ausência ou insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais da parte. A decisão que julgou o mandado de segurança inicia argumentando que o direito de demandar em juízo não dá em árvore. Isto é, processamento de tal direito pressupõe um poder judiciário responsável por movimentar o pleito.²⁴

²¹ LENZA, Pedro (coord.); SAMPAIO, Luiza. **Microeconomia esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

²² LENZA, Pedro (coord.); SAMPAIO, Luiza. **Microeconomia esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

²³ TJSC, Mandado de Segurança n. 4000041-62.2013.8.24.9001, de São João Batista, rel. Des. Alexandre Moraes da Rosa, j. 10-04-2014

²⁴ TJSC, Mandado de Segurança n. 4000041-62.2013.8.24.9001, de São João Batista, rel. Des. Alexandre Moraes da Rosa, j. 10-04-2014

Segundo o magistrado, o exercício do direito de ação sem custas processuais para o fim de se acolher pretensões meramente patrimoniais deve se dar pela via da Tragédia dos Comuns. A Tragédia dos Comuns, como já explanado em outro momento do presente artigo, é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por tal armadilha, se declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito (Jurisdição) terminam por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração.²⁵

O douto magistrado segue dizendo que, diante dos limitados recursos do Poder Judiciário e de sua capacidade de assimilação, a propositura de ações abusivas, frívolas ou de cunho meramente patrimonial e repetitivas, sem custo, pode gerar o excesso de litigância. Tal litigância é o que doutrinariamente se define como acesso à justiça inautêntico, o qual é o oposto do acesso à justiça autêntico.²⁶

Nessa perspectiva, Júlio Cesar Marcellino Jr.²⁷, em sua tese de doutorado pela UFSC, defende que:

A atual situação de inefetividade do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à celeridade nas respostas às demandas judiciais, se dá, entre outras razões, pelo imenso acúmulo de ações judiciais que não podem ser assimiladas pelo sistema judiciário. Esse ponto específico do excesso de ações judiciais para uma estrutura limitada no tocante a recursos financeiros e humanos, deve ser analisado por um viés não convencional, no sentido de compreender que uma avaliação de cunho econômico, do tipo custo-benefício, pode, ao contrário do que eventualmente se pense, ampliar o acesso à justiça através da efetividade dos serviços judiciais. É preciso partir da dedução de que há manifesta abusividade na propositura de uma parcela das demandas judiciais. Em um primeiro olhar, pode até parecer contraditório defender-se uma ampliação de acesso à justiça por meio de uma limitação administrativa de ingresso de ações judiciais. Mas a contradição é só aparente. Basta que se veja a questão a partir de um ângulo diferente para se compreender que o acesso ilimitado ao Poder Judiciário acarreta, em verdade, um "inautêntico acesso", pois o simples fato de poder ingressar com uma demanda não é garantia de acesso pleno."

Verifica-se, por conseguinte, que a discussão sobre a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (acesso à justiça autêntico e inautêntico) está

²⁵ TJSC, Mandado de Segurança n. 4000041-62.2013.8.24.9001, de São João Batista, rel. Des. Alexandre Moraes da Rosa, j. 10-04-2014

²⁶ TJSC, Mandado de Segurança n. 4000041-62.2013.8.24.9001, de São João Batista, rel. Des. Alexandre Moraes da Rosa, j. 10-04-2014

²⁷ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/123198>. Acesso em: 26 jul. 2020.

intimamente ligada ao gerenciamento de recursos comuns, assim como a discussão sobre a demanda por medicamentos de alto custo também está.

Conforme argumentação retro, quando não há um critério para se acessar o judiciário, a tendência é que exista uma superexploração da jurisdição e consequentemente a diminuição na qualidade da prestação jurisdicional.

Contudo, não se pode olvidar que nas demandas por medicamentos de alto custo, o bem que se visa proteger na maior parte dos casos é a própria vida do jurisdicionado. Por outro lado, quando se fala em litigância excessiva (as quais são em grande parte responsáveis pela morosidade e falta efetividade processual) se está falando, em geral, de demandas de cunho patrimonial de particulares.

De certo ponto de vista, trata-se de um problema eminentemente moral, antes de ser um problema jurídico.

Isso porque é fácil (partindo do ponto de vista do senso comum) aceitar moralmente que a jurisdição é um recurso comum cujo acesso pode sofrer uma "limitação administrativa"²⁸ quando o objeto da discussão é um bem patrimonial e a lide poderia ser resolvida por outra forma de composição de conflito que não fosse a jurisdição estatal.

Não se pode dizer o mesmo quando o bem que se busca resguardar é a própria vida. Isso porque, especificamente nos casos em que se busca medicamentos de alto custo, o judiciário parece ser a *ultima ratio* para essas pessoas, tendo em vista a hipossuficiência destas em relação à indústria farmacêutica mundial e suas grandes corporações. Desta feita, como já dito, antes da discussão jurídica existe uma questão moral a ser debatida.

Em outras palavras, do ponto de vista do impacto econômico, ambas as pretensões são iguais, isto é, tanto o excesso de demandas patrimoniais, quanto o excesso de demandas por medicamentos são negativos para a economia, entretanto, a valoração moral que se dá para cada uma dessas demandas é distinta, pois o patrimônio se recupera, mas uma vida uma vez perdida nunca mais é recuperada.

Nessa toada, surge o seguinte questionamento: o Estado democrático de direito brasileiro é ilimitadamente responsável pela vida de seus cidadãos? Aparentemente a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende que não. É o que se depreende do julgado colacionado a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ACIDENTES EM RODOVIA – MORTE – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL – IMPROCEDÊNCIA. 1. Responsabilidade objetiva não é responsabilidade integral. O Estado não é um segurador anômalo com a obrigação de reparar danos porque circunstancialmente ocorreram próximas à atuação oficial. Exige-se relação causal entre a conduta administrativa e um dano. Mesmo no caso de omissões se reclama o liame, que se não precisa se físico, há de ser medido normativamente. 2. O familiar dos autores morreu em acidente. O fato de a rodovia em más condições não permite presumir que necessariamente o evento se passou pelos defeitos na pista,

²⁸ É o caso, por exemplo, das ações de indenização por danos morais *in re ipsa* em razão inscrição ou manutenção indevida do nome do Autor no cadastro de inadimplentes.

podendo-se enunciar – se é viável conjecturar – outras inúmeras possibilidades. O Estado não pode ser condenado por comiseração, como se fosse uma fonte inesgotável de recursos – uma incidência na tragédia dos comuns (a fruição desmedida de uma riqueza como se fosse infinita). 3. Recurso provido para julgar improcedente o pedido.²⁹

Ora, pode-se dizer em última análise que o que se busca quando se pleiteia medicamentos no judiciário é a reparação por um dano causado pela doença. Sendo assim, analogamente também se pode concluir que o Estado não pode ser responsabilizado ilimitadamente. Não se nega que seja uma responsabilidade estatal prevista constitucionalmente garantir a saúde dos cidadãos, assim como não se nega que seja responsabilidade do Estado manter as rodovias em boas condições de tráfego. Contudo, o que se quer dizer é que o Estado não pode ser responsabilizado a ponto de comprometer o bem-estar da coletividade em benefício de alguns particulares.

Uma vez que se tenha a certeza de que a responsabilidade do Estado não é ilimitada pela compra de medicamentos, deve-se avançar paulatinamente nos estudos dos critérios mais justos para essa concessão.

Concernente às ações individuais que demandam medicamentos de alto custo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, sugere como critério para a referida parametrização a constância dos medicamentos pleiteados nas listas elaboradas pelos entes federativos. O Autor menciona que o artigo 196 da CRFB/1988 associa a garantia do direito à saúde a *políticas sociais e econômicas*, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas mencionadas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades primordiais a serem sanadas e os recursos disponíveis. Além do que, também avaliaram os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e aplicação desses medicamentos.³⁰

Esse primeiro critério decorre também de um argumento democrático. As verbas necessárias ao custeio dos medicamentos são obtidas por meio da cobrança de tributos. Portanto, é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento.³¹

A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar

²⁹ TJSC: Apelação nº 0300165-96.2017.8.24.0013, Relator: Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público. d. j. 13.02.2020.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 07.08.2020.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 07.08.2020.

decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos. Em suma, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário.³²

No que tange às ações coletivas, o Ministro propõe como paradigma a possibilidade da alteração das listas com a inclusão de novos medicamentos. Sendo assim, o magistrado defende que 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. Contudo, o que se propõe é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.³³

No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, Barroso sugere, ainda, que sejam levados em conta outros padrões complementares, são eles: a) Inclusão em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) Opção de substâncias disponíveis no Brasil; c) opção pelo medicamento genérico de menor custo; d) Considerar se o medicamento é indispensável para vida.³⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, no primeiro tópico foram abordadas algumas discussões e reflexões sobre as demandas por medicamentos de alto custo e o fenômeno da Judicialização. Concluiu-se que as políticas públicas de saúde não são efetivas, motivo pelo qual surge o fenômeno da Judicialização das demandas farmacêuticas. Já no que diz respeito à Judicialização em si, observou-se que alguns doutrinadores entendem que tal fenômeno decorre da falta de critérios na concessão da gratuidade da justiça o que acarreta em uma ausência de responsabilização do autor da ação por honorários e custas processuais no caso de uma eventual sucumbência.

Nesse ponto, foi discutido também a distinção teórica entre acesso à justiça autêntico e acesso à justiça inautêntico. Tal distinção foi proposta por Júlio Cesar

³² BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 07.08.2020.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 07.08.2020.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 07.08.2020.

Marcellino Jr.³⁵ e adotada pelo Desembargador Alexandre Moraes da Rosa em um julgamento paradigmático sobre acesso à justiça. O magistrado e o referido autor partem da dedução de que uma parcela das ações judiciais é abusiva (aventureira) e chegam a conclusão que facilitar o acesso de tais demandas vai contra o acesso à justiça autêntico. Em outras palavras, dificulta o acesso à justiça das pessoas que realmente precisam do judiciário para resolver seus litígios.

Tal discussão é importante para o presente tema, pois faz refletir se as demandas por medicamentos de alto custo seriam ou não uma espécie de acesso à justiça autêntico. A partir de tais reflexões, chegou-se à conclusão de que é muito, mais fácil, do ponto de vista moral (senso comum), classificar como abusivas as demandas de cunho patrimonial do que as demandas por medicamentos, pois estas, na maioria das vezes, visam resguardar a própria vida do demandante ou de seu representado, vida que uma vez perdida jamais se recupera. O patrimônio, por sua vez, pode ser recuperado. Talvez seja este um dos pontos que mais torna sensível a temática em análise.

No segundo tópico, abordou-se a dicotomia existente entre direito à saúde e tragédia dos comuns, dilema enfrentado por muitos magistrados brasileiros. A partir dessa tratativa, inferiu-se que a grande questão que se coloca em pauta é como achar o ponto de equilíbrio entre direito à saúde e a economia, pois do contrário, cai-se no erro da tragédia dos comuns, ou seja, a utilização de recursos comuns de modo ilimitado.

Verificou-se, através da analogia com um caso concreto, que a responsabilidade do Estado pela vida de seus cidadãos não é absoluta, sendo assim, os operadores do direito devem avançar constantemente no estudo dos limites de dessa responsabilidade.

No último tópico do presente trabalho, chegou-se à conclusão de que, muito embora a temática das demandas por medicamentos de alto custo tenha sido amplamente discutida nos tribunais e no meio acadêmico, ainda não se tem um consenso sobre qual o critério ou quais os critérios o Estado-juiz deve utilizar para conceder ou não tais medicamentos.

Contudo, alguns autores, a exemplo do Ministro do STF Luiz Roberto Barroso³⁶ apresentam critérios interessantes sobre como os juízes devem proceder em tais casos. Em síntese, o entendimento do magistrado é o seguinte:

- a) ações individuais: os medicamentos devem constar nas listas elaboradas pelos entes federativos.
- b) ações coletivas: existe a possibilidade da alteração das listas com a inclusão de novos medicamentos.

³⁵ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/123198>. Acesso em: 26 jul. 2020.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 07.08.2020.

Por fim, Barroso³⁷ sugere, ainda, que sejam levados em conta outros critérios complementares, quais sejam: 1. Inclusão em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; 2. Opção de substâncias disponíveis no Brasil; 3. opção pelo medicamento genérico de menor custo; 4. Considerar se o medicamento é indispensável para vida.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARATA, Rita B.; CHIEFFI, Ana L. "**Judicialization**" of public health policy for **distribution of medicines**. *Cadernos de Saúde Pública* [online]. 2009, v. 25, n. 8. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2009000800020>>.

BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>.

BOTH, Valdevir. *et. al.* **Pacto pela saúde: possibilidade ou realidade?** 2 e. d. Passo Fundo: IFIBE/CEAP, 2009. 46p.

BRASIL. **Constituição da República Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07.08.2020.

CARDOSO, Daniel. **Judicialização da saúde**: solução ou parte do problema? Londrina: Thort, 2020. 131p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=iSHTDwAAQBAJ&lpg=PA1&dq=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%3A%20solu%C3%A7%C3%A3o%20ou%20parte%20do%20problema%3F&hl=pt-BR&pg=PA1#v=onepage&q=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde:%20solu%C3%A7%C3%A3o%20ou%20parte%20do%20problema?&f=false>>.

JUBRAN & GAZZULI ADVOGADOS. **Medicamentos de alto custo**. Disponível em: <<http://jggadvogados.com.br/servicos/medicamentos-de-alto-custo/>>.

LENZA, Pedro (coord.); SAMPAIO, Luiza. **Microeconomia esquematizado**. São Paulo:

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/123198>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SANTA CATARINA. TJSC: **Apelação nº 0300165-96.2017.8.24.0013**. Relator: Hélio do Valle Pereira. Quinta Câmara de Direito Público. d. j. 13.02.2020.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 07.08.2020.

SANTA CATARINA. TJSC: **Mandado de Segurança n. 400041-62.2013.8.24.9001**. São João Batista. Relator: Des. Alexandre Morais da Rosa, j. 10-04-2014

SARTÓRIO, Maria José. **Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo**: a questão da judicialização da demanda. 2004. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Ciências Farmacêuticas, Universidade Federal do Rio Grande Sul, Porto Alegre, 2004.

SOUSA, José F. **Direito à saúde**. n. p. Disponível em: <
<https://books.google.com.br/books?id=rch5DwAAQBAJ&lpg=PA73&dq=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&hl=pt-BR&pg=PA73#v=onepage&q=Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde&f=false>>.
Acesso em: 05. ago. de 2020.