

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO: O ESTADO DE DIREITO A SERVIÇO DA PILHAGEM¹

CONSTITUTION JURISDICTION AND ACTIVISM: THE RULE OF LAW AND THE PLUNDER

Amanda de Moraes Weidlich²

Angela Araujo da Silveira Espindola³

RESUMO

A partir da análise da crise da jurisdição, decorrente do ativismo desmedido dos órgãos judiciais, bem como do desvirtuamento do Estado de Direito, que atualmente é empregado como justificativa à pilhagem, o presente artigo objetiva demonstrar que a atividade jurisdicional pode ser utilizada como instrumento de proteção dos interesses econômicos do mercado. Para tanto, referiu-se que, a despeito da aplicação de multa aos laboratórios Roche e Novartis pelo órgão *antitrust* Italiano em virtude de prática de conluio entre as indústrias farmacêuticas, que, deliberadamente, promoveram uma campanha de descrédito do medicamento Avastin em benefício do similar mais caro, Lucentis, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na ânsia de concretizar o direito fundamental à saúde, permanece determinando aos Entes Públicos o fornecimento gratuito do fármaco cujo preço é mais elevado, beneficiando, assim, a indústria farmacêutica em detrimento dos cofres públicos.

Palavras-chave: **Jurisdição. Ativismo. Estado de Direito. Pilhagem.**

ABSTRACT

From the analysis of the jurisdiction crisis due to rampant activism of the judiciary as well as the distortion of the rule of law, which is currently used as an excuse to loot, this article aims to demonstrate that judicial activity can be used as an instrument of protection of economic interests of the market. For both, it was noted that, despite the imposition of a fine for Roche and Novartis laboratories by Italian antitrust agency by virtue of practice of collusion between the pharmaceutical industry, who deliberately promoted a campaign to discredit the drug Avastin for the benefit of the like but more expensive Lucentis, the Court the State of Rio Grande do Sul, remains determined to Public Entities providing free drug whose price is higher

Keywords: Jurisdiction. Activism. Rule of Law. Plunder.

INTRODUÇÃO

Especialmente após a Segunda Guerra mundial, a atividade jurisdicional, que até então se resumia à aplicação das leis aos casos concretos, tornou-se mais abrangente e passou a desempenhar papel relevante na interpretação da legislação e, assim, na concretização do Direito.

¹ O presente artigo é resultado das pesquisas e reflexões realizadas pelas autoras na disciplina “Jurisdição e Sustentabilidade” ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (área de concentração: Direito, Democracia e Sustentabilidade”; linha de pesquisa: “fundamentos normativos da democracia e da sustentabilidade”).

² Mestranda em Direito no PPGD/IMED. Especialista em Direito Civil pela IMED. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: amanda_weidlich@hotmail.com

³ Doutora e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM e Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da IMED. Advogada no Núcleo Estratégico Contencioso e Consultivo da Equipe Cível do Andrade Maia Advogados. E-mail: ange.espindola@gmail.com

Essa prerrogativa contribuiu para o fortalecimento do Estado de Direito, na medida em que representou um limite à atuação discricionária dos demais poderes, mas também causou uma hipertrofia do Judiciário, decorrente do ativismo judicial, elemento corrosivo ao regime democrático, eis que comprometer o princípio da separação dos poderes para além das garantias constitucionais e o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito.

Paralelamente a esse fenômeno, o Estado de Direito, e especialmente a atividade jurisdicional, vêm sendo indevidamente utilizados como instrumentos legitimadores e perpetuadores da pilhagem, concebida como o saque, o roubo praticado mediante fraude, a exploração dos ricos contra os pobres.

Nesse contexto, a fim de comprovar que a atividade jurisdicional pode ser empregada como instrumento da pilhagem, serão examinadas demandas judiciais ajuizadas no Estado do Rio Grande do Sul postulando o fornecimento do medicamento Lucentis, em detrimento do similar e mais barato Avastin, para o tratamento da degeneração macular.

Isso porque os laboratórios fabricantes de ambos – Roche e Novartis respectivamente – foram recentemente multados pelo órgão *antitrust* italiano por promoverem uma campanha de descrédito do medicamento Avastin, em benefício do similar Lucentis, incentivando médicos e planos de saúde a receitarem esse último, cujo preço é notadamente superior.

Dessa forma, tendo em vista a equivalente eficácia e segurança de ambos os medicamentos no tratamento da degeneração macular, inexistem, em princípio, justificativas jurídicas razoáveis para se preferir o fármaco mais caro, especialmente porque as demandas são ajuizadas em face do poder público. E é justamente a partir desse conflito de interesses, que o presente artigo objetiva demonstrar que a atividade jurisdicional encontra-se, não raro, contaminada pelos interesses do mercado.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO

A constituição é um produto da modernidade, nasceu concomitantemente à separação dos poderes perpetrada quando da passagem do Estado Absolutista ao Estado Liberal, em uma clara tentativa de consolidar as conquistas da Revolução Francesa, mediante a vinculação do poder ao Direito (LEAL, 2007, p. 5).

Embora as origens remotas do constitucionalismo remontem ao período

medieval (BINENBOJM, 2001, p. 16), foi a partir do colapso das monarquias absolutistas, que emergiu a necessidade de se instituir meios de controle do poder do Estado, de modo a submetê-lo à observância dos direitos e das garantias individuais conquistados.

O Estado Liberal foi assim concebido a partir de três poderes distintos, identificados de acordo com suas funções: atividade legislativa, destinada ao estabelecimento de normas de conduta (leis); atividade administrativa, voltada à aplicação da lei *ex officio*; atividade jurisdicional, dirigida à atuação da vontade concreta da lei (CAMBI, 2009, p. 172).

Nesse primeiro momento pós-revolução francesa, o papel reservado ao Poder Judiciário limitava-se à aplicação da lei ao caso concreto, sendo-lhe defesa qualquer atividade interpretativa ou criativa, justamente como meio de conferir segurança jurídica à burguesia ascendente e para preservar as conquistas individuais alcançadas pela Revolução (LEAL, 2007, p. 24-25).

Foi somente nos Estados Unidos, com o surgimento do “judicial review of legislation”, que os juízes e tribunais passaram a ter competência para declarar a nulidade de leis ou atos administrativos contrários à Constituição, incumbindo à cúpula do Poder Judiciário – Suprema Corte – o desempenho de função central relativa à interpretação constitucional, haja vista o poder vinculante de suas decisões (BINENBOJM, 2001, p. 25-26).

A atividade criativa dos tribunais ganhou força e assumiu novo significado no segundo pós-guerra, quando o fortalecimento da noção de democracia e a valorização dos direitos humanos passaram a impor ao Judiciário uma atuação determinante na concretização dos direitos e garantias constitucionais (LEAL, 2007, p. 51).

Com efeito, assim como ocorreu quando da transição do Estado Absolutista ao Estado Liberal, mais uma vez era preciso assegurar as conquistas humanísticas mediante a instituição de instrumentos de controle do poder e também de concretização dos direitos indisponíveis ínsitos à dignidade da pessoa humana.

Essa relevante função foi atribuída ao Poder Judiciário, que, por meio da jurisdição constitucional, passou a exercer papel determinante na interpretação e proteção das normas constitucionais, mas principalmente na sua implementação.

Isso, contudo, não significa que a jurisdição deva desempenhar um papel criativo capaz de ser confundido ou manipulado pela arbitrariedade no exercício do

poder. A atividade jurisdicional é, sobretudo, aplicação da lei e zelo pela promoção e proteção dos preceitos constitucionais sem deixar-se seduzir pelo canto do decisionismo e do ativismo (STRECK, 2010). O protagonismo deve ser do direito e não do juiz.

Essa aplicação da lei, por certo, se dá de modo dinâmico e não estático. Ou seja, à jurisdição constitucional, e também à jurisdição cível, incumbe determinar o conteúdo e o sentido concreto das normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, conferindo-lhes maior eficácia possível e colmatando eventuais lacunas legislativas à luz dos preceitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 396).

Isso porque a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, por justamente representar um “plus” em relação ao Estado Liberal e ao Estado Social, impondo o resgate das promessas da modernidade, mediante a promoção da igualdade e da justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais e sociais. Essa noção explicita o conteúdo material da Constituição e expõe seu caráter compromissório e dirigente, reclamando um redimensionamento das relações estabelecidas entre os Poderes, passando o Judiciário a integrar o âmbito político, justamente para assegurar a concretização dos objetivos e direitos previstos na Constituição (STRECK, 2013).

Dessa forma, as transformações do Estado e do Direito na sociedade moderna impulsionaram a saída do Poder Judiciário dos estreitos limites do formalismo, forçando-o a atuar positivamente na concretização dos direitos conferidos pelo Welfare State (CAPPELLETTI, 1993) e, assim, na afirmação do Estado Democrático de Direito.

Justifica-se, nesse sentido, o protagonismo judiciário, exercido mediante o controle jurídico dos poderes político e executivo e pela tarefa de dizer a última palavra sobre questões de validade, quanto a comportamentos e interesses sociais (CASTANHEIRA NEVES, 1998), mas desde que necessário à tutela dos direitos fundamentais e exercido dentro dos parâmetros da argumentação jurídica, ou seja, mediante a prolação de decisões fundamentadas e redigidas em linguagem apropriada, conforme o discurso jurídico (CAMBI, 2009, p. 247-248).

Ocorre que a intensa judicialização da vida, aliada à retração do Poder Legislativo e à redação vaga e imprecisa da legislação, vem levando o Judiciário a

adotar uma postura cada vez mais ativa na concretização das normas constitucionais, invadindo, não raro, a esfera de atuação dos demais poderes (BARROSO, 2014).

O descrédito dos Poderes Legislativo e Executivo justificaria, portanto, essa postura proeminente do Judiciário, fazendo com que o juiz seja “naturalizado por uma antropologia que aparece em socorro de uma teoria do direito incapaz de fundamentar a sua legitimidade” (GARAPON, 1996, p. 259).

Da mesma forma, a redação legal, normalmente vaga e imprecisa, confere ao seu intérprete, ou seja, ao magistrado, amplo espaço para a criatividade e a discricionariedade (CAPPELLETTI, 1993), convertida, não raro, em arbitrariedade, dada a extrapolação dos tênues limites de sua atuação legal.

Com efeito, para Luís Roberto Barroso (2014), essa postura ativista do Poder Judiciário se revela em diversas situações, tais como

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Para Barroso, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2011, p. 365). Como bem observado por André Karam Trindade e Fausto Morais, “o ativismo judicial estaria relacionado apenas com a expansão da atividade jurisdicional, e não com a criação do direito”. (TRINDADE, MORAIS, 2011, p. 156)

A leitura sobre o ativismo sugerida por Barroso, como bem observam André Karam Trindade e Fausto Morais é otimista, compreendendo-o como um “tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo, em face da fluidez da fronteira entre *política* e *direito* –, o ativismo judicial torna-se um fenômeno muito mais complexo e perigo, especialmente às jovens democracias constitucionais,

quando entendido como a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição” (TRINDADE, MORAIS, 2011, p. 156).

A temática é, de fato, complexa e muitos são aqueles que estudam a temática. No entanto, dados os estreitos limites deste estudo, o foco de atenção será voltado ao ativismo judicial mediante a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, que se revela na crescente judicialização do direito à saúde, especificamente no que tange ao fornecimento de medicamentos, e que será objeto de análise no último tópico deste estudo.

Porém, é importante salientar desde logo que o ativismo judicial não se desenvolveu isento de críticas, pelo contrário, pois segundo Barroso “as críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário” (BARROSO, 2014).

Em outras palavras, o problema surge quando, ao assumir essa postura proativa, o Judiciário invade potencialmente as funções reservadas aos demais Poderes, em contraste com o princípio democrático e com a separação dos poderes, preconizados, respectivamente, nos artigos 1º e 2º da Constituição Federal.

Nesse contexto, não se olvida da importância da concretização dos direitos previstos na legislação, a crítica que se faz é quanto ao exercício arbitrário de um poder – aqui designada por ativismo – nas atividades intrínsecas aos demais Poderes, levando-o a uma perniciosa hipertrofia.

Essa atividade proeminente do Poder Judiciário, somada à insuficiência do atual modelo jurisdicional para a solução dos conflitos contemporâneos, conduziu a uma “Crise da Jurisdição”, na qual é questionado o verdadeiro papel e, especialmente, os limites da atividade jurisdicional, sob pena de enfraquecimento, ou mesmo perecimento, do princípio da separação dos poderes. Para Lênio Streck (2013, p. 178)

[...] essa nova postura da jurisdição constitucional (concebida como judicialização da política) não pode representar uma perda ou ruptura na legitimidade no âmbito das relações entre os poderes do Estado. Entre “substâncias” e “procedimentos”, em nenhum momento o Judiciário pode vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito, na

defesa do ativismo judicial. E qual é o limite desse espaço? A Constituição e a força normativa de seu texto.

Essa “judicialização da política”, isto é, a tarefa atribuída ao Poder Judiciário de concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes conduzindo-o à verdadeira execução de políticas públicas e, portanto, à invasão da esfera de atribuição dos demais poderes, deve ser limitada a partir do próprio texto constitucional.

Em sendo assim, ainda que muitos considerem positivo esse ativismo, por entendê-lo abarcado pela competência interpretativa conferida ao Poder Judiciário pela Constituição Federal (TAVARES, 2011, p. 118), há que se delimitar as fronteiras a atividade jurisdicional, de modo a adequá-la à esfera de atuação dos demais poderes, resguardando, por conseguinte, o regime democrático.

O ESTADO DE DIREITO E A PILHAGEM

Conforme visto, a jurisdição íntegra e é elemento fundamental do Estado Democrático de Direito, ou seja, daquele Estado governado pela lei, e não pela vontade pessoal e arbitrária de seus governantes, e caracterizado pela instituição e realização dos direitos fundamentais.

O que se vê hoje, porém, é uma vulgarização da expressão “Estado de Direito”, que alargou seu conteúdo para além do significado técnico-jurídico, fazendo com que o termo perdesse sua clareza e ensejasse diferentes (e não raro conflitantes) interpretações. Segundo Ugo Mattei e Laura Nader (2013, p. 15)

“A expressão 'Estado de Direito' vem sendo amplamente empregada fora dos domínios especializados do saber jurídico. [...] Infelizmente, como quase sempre acontece com os modismos de linguagem usados em grande variedade de contexto semânticos, o termo foi aos poucos perdendo clareza, a tal ponto que na época atual cada um o interpreta como bem entende. Em nossos dias, o conceito não se circunscreve de modo algum a um significado técnico e jurídico. [...] Essa falta de precisão, que deriva da ampla variedade de novos significados que o conceito assumiu ao longo do tempo, em diferentes espaços e diferentes comunidades de usuários”. (p. 15).

Essa falta de clareza e de contornos técnicos bem definidos fez com que se popularizasse a equivocada identificação do Estado de Direito com a ideia de Democracia e, assim, com um regime jurídico positivo e desejável, pois contraposto ao autoritarismo. No entanto, em sua origem, o Estado de Direito em nada se aproximava da Democracia, pelo contrário, resultou do triunfo da estrutura social

medieval sobre a modernização, pois surgiu do papel desempenhado por advogados e juristas como guardiões de uma modalidade de distribuição social desigual da propriedade e, portanto, não democrática (MATTEI; NADER, 2013, p. 19-20).

Essa errônea aproximação com a Democracia fez com que o “Estado de Direito” se popularizasse praticamente imune a críticas e, por isso, soa estranho afirmar que o Direito não raro é um instrumento de opressão e pilhagem.

De acordo com a abordagem de Ugo Mattei e Laura Nader (2012, p. 17), “pilhar” é concebido como “roubar bem alheio por meio da força, principalmente em tempos de guerra; saquear”, sendo a “pilhagem”, ou *plunder*, a “propriedade roubada por meio de fraude ou de força”.

É possível, portanto, e plenamente justificável, asseverar que o capitalismo moderno utiliza o discurso jurídico e democrático ativamente para justificar a pilhagem, o saque, a usurpação da propriedade alheia, e a separação do mundo entre ricos e pobres, pois o Estado de Direito é empregado justamente como a ideologia que aprova essa hegemonia e exploração.

Isso ocorre porque o Estado de Direito é um produto da cultura ocidental, levado ao oriente como um “modelo a ser seguido” sob o pretexto de democratizá-lo, mas que na verdade dissimula seu verdadeiro propósito colonialista. Exemplo disso é a busca contemporânea por petróleo no Iraque, realizada pelos Estados Unidos, pois dissimulada pela “nobre” intenção de exportar o modelo democrático e o Estado de Direito (ROSA, 2009, p. 50).

Há inúmeros outros exemplos que atestam essa utilização espúria do Estado de Direito, comprovando seu desvirtuamento e demonstrando que vem sendo usado como instrumento da exploração e da proteção dos interesses econômicos, em detrimento daqueles bens jurídicos que deveria tutelar. É precisamente o que sustentam Ugo Mattei e Laura Nader (2013, p. 351):

do modo como é concebido hoje, infelizmente o Estado de Direito constitui um limite eficaz a qualquer contestação do status quo. Isto porque seu uso confere um grau de respeitabilidade ética e aceitabilidade moral à resistência egoísta dos mais fortes e ricos em restituir os mais fracos e pobres a uma parte da injusta quota de recursos globais por eles acumulada por meio da pilhagem. A retórica do Estado de Direito impede que muitos entendam que, na estrutura do desenvolvimento capitalista, os ricos são ricos porque os pobres são pobres.

Não se pretende aqui ratificar ou cair no lugar comum dos discursos

socialistas ou “esquerdistas”, pelo contrário, trata-se de uma análise jurídica a partir dos efeitos deletérios da imposição desse “modelo” ao resto do mundo, pois, detrás do ideário democrático e humanístico, o Estado de Direito revela uma face oculta submetida ao poder do capital e sujeita aos seus interesses.

Isso porque o domínio não se dá somente pela força, mas também pela imposição das leis do dominador e, assim, a pilhagem comercial tem por desculpa a disseminação do Estado de Direito, cuja retórica é repetida para justificar a apropriação e a política internacional de domínio da minoria ocidental sobre a população mundial (MATTEI; NADER, 2013).

Segundo aponta Michel J. Sandel (2012, p. 119), “muitos economistas reconhecem atualmente que o mercado altera o caráter dos bens e das práticas sociais por ele governados”, não é de surpreender, portanto, que também o Estado de Direito seja contaminado pelo interesse comercial. Conforme assevera Flávio Galdino (2005, p. 246):

É evidente que ignorar as questões políticas e morais representa a total impossibilidade de criticar a realidade subjacente às relações econômicas formalmente consideradas (enclausuradas em conceitos econômicos amorais e supostamente neutros em sentido político) e, por conseguinte, uma forma de manutenção de um determinado modelo de dominação.

Sendo assim, é forçoso constatar que os interesses econômicos fragilizam o modelo democrático moderno, na medida em que esvaziam o poder das autoridades eleitas e constituídas, atrelando o conceito de soberania à ideia de hegemonia financeira e bélica (MORAIS, 2002, p. 29).

Nesse panorama, a questão que se coloca é a seguinte: como integrante do Estado de Direito, o Poder Judiciário e, mais especificamente, a jurisdição, também são, ou podem ser, postos a serviço da pilhagem? O próximo tópico analisará um caso prático objetivando responder a essa indagação.

A JURISDIÇÃO A SERVIÇO DA PILHAGEM. ANÁLISE DE CASO: CONDENAÇÃO DOS LABORATÓRIOS ROCHE E NOVARTIS PELO ÓRGÃO REGULADOR ANTITRUST ITALIANO

Segundo leciona Alexandre Morais da Rosa (2009, p. 15), “a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera 'democracia formal', para alcançar a 'democracia material', na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das

Instituições”. Mas o que fazer quando, a pretexto de assegurar a concretização e a máxima eficácia dos direitos fundamentais, as instituições do Estado de Direito são usadas pelo poder econômico para levar a efeito seu intento de pilhagem? Um exemplo prático pode ser utilizado para demonstrar essa utilização espúria do Estado de Direito em proveito da exploração econômica.

Recentemente o órgão *antitrust* italiano multou os laboratórios farmacêuticos Roche (Roche Holding AG – ROG) e Novartis (Novartis AG – NOVN) em 182,5 milhões de euros, por conspirar para impedir a utilização do medicamento Avastin, produzido pela Roche, para o tratamento de doenças oftalmológicas ligadas à degeneração macular.

Conforme notícia veiculada pela agência Bloomberg (2014), Roche e Novartis bloquearam a distribuição do medicamento Avastin, em favor de uma droga mais cara, o Lucentis, produzido pela Novartis. Afirmaram, ainda, que o Avastin era “mais perigoso” que o Lucentis e assim influenciaram médicos e serviços de saúde a receitarem esse último em detrimento do primeiro.

Ocorre que enquanto o Avastin custa aproximadamente 81 euros, o preço do Lucentis gira em torno de 900 euros, o que representou um prejuízo superior a 45 milhões de euros ao sistema de saúde Italiano, apenas em 2012, podendo esse rombo chegar a 600 milhões de euros por ano (BLOOMBERG, 2014).

Em sua defesa, os laboratórios farmacêuticos asseveraram que a utilização do medicamento Avastin foi aprovada para o tratamento de câncer, ao passo que o Lucentis seria recomendado especificamente à degeneração macular neovascular (PORTAL NOVARTIS, 2014), inexistindo qualquer conluio entre as indústrias para favorecer a utilização do fármaco mais caro.

Entretanto, conforme o órgão regulamentador italiano, um medicamento pode ser receitado para tratamento de doença diversa daquela para qual foi aprovado, cuida-se, na verdade, de prática comum, denominada uso “off-label”, ou seja “fora da bula”, em tradução livre. Ademais, ambas as drogas provêm da mesma família e apresentam efeitos semelhantes, de modo a possibilitar a utilização segura do Avastin também para o tratamento da degeneração macular (BLOOMBERG, 2014).

Ou seja, segundo as autoridades italianas, houve atuação deliberada dos laboratórios em favorecer a utilização do medicamento mais caro, a fim de incrementar seu lucro, ação essa que causou prejuízo considerável aos cofres

públicos e, por conseguinte, motivou a aplicação de penalidade pecuniária à Roche e à Novartis.

A notícia foi veiculada em diversos órgãos de comunicação e repercutiu internacionalmente, conforme manchetes publicadas nas páginas eletrônicas dos jornais “The New York Times” (2014) e “El Mundo” (2014), além das conceituadas agências de notícias “Reuters” (2014) e “Bloomberg” (2014).

Esse é, pois, o panorama internacional da problemática envolvendo a utilização dos medicamentos Avastin e Lucentis no tratamento da degeneração macular. No Brasil, o prejuízo ainda não foi contabilizado, mas ele certamente existe, uma vez que pululam inúmeras ações na justiça gaúcha postulando – em face do Poder Público – o fornecimento gratuito do medicamento Lucentis.

As pretensões são invariavelmente acolhidas, inclusive (e normalmente) sem o deferimento de produção de provas, sob o argumento de que o médico que acompanha o paciente possui competência para determinar a urgência e especificar qual o tratamento correto e a forma de realizá-lo.

Isto é, a Corte Gaúcha vem acolhendo os pedidos de fornecimento do medicamento Lucentis, para o tratamento da degeneração macular, fundamentando seu entendimento na recomendação do médico assistente do paciente, sem atentar, porém, à possibilidade de sua substituição por fármaco semelhante e sensivelmente mais barato, no caso, o Avastin.

Mesmo advertido da ausência de superioridade entre os medicamentos, permanece o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinando o fornecimento do Lucentis em detrimento do Avastin, conforme recente despacho proferido nos autos do agravo de instrumento n. 70070059168104 (2014):

Em parecer médico complementar, o médico assistente ainda destacou que “Com relação a troca do Lucentis (ranibizumabe) pelo Avastin (bevacizumabe) não é o ideal para a doença da autora, pois o Conselho Federal de Medicina (CFM) não aprova como prática este medicamento para este fim. O Lucentis foi desenvolvido especificamente para uso oftalmológico, enquanto que o Avastin foi para uso oncológico de Câncer de aparelho digestivo.” (fl. 58). Dessa forma, a par das duas manifestações do DMJ, ambas sustentando a possibilidade de substituição do LUCENTIS pelo AVASTIN (fls. 46 e 75), nas circunstâncias, entendo pela prevalência do laudo do médico que assiste a paciente que é quem, de regra, tem condições de melhor apurar qual é a medicação a ser aplicada. [...] Com isso, deve ser alcançada à agravante/autora a medicação postulada (8 ampolas de LUCENTIS – ranibizumabe), prevalecendo a indicação feita pelo médico que assiste a paciente.

Nesse processo, oriundo da Comarca de Soledade, onde foi autuado sob o n. 036/1.14.0001149-2 (2014), houve o indeferimento da liminar que objetivava o fornecimento gratuito do medicamento Lucentis, sob o argumento de que poderia ser substituído pelo similar Avastin sem qualquer prejuízo ao paciente:

Apresentada declaração complementar do médico assistente, e acostados exames, em se tratando de questão essencialmente técnica, determinei o encaminhamento da nova documentação ao DMJ, para o respectivo exame pelo médico oftalmologista. Com efeito, o médico oftalmologista do DMJ, após análise da declaração complementar do médico assistente e dos exames anexados, à fl. 59, ratificou o seu parecer anterior (fl. 31). Corroborou a indicação do medicamento Avastin para o caso, aduzindo que muitos estudos recentes demonstram a mesma eficácia e os mesmos tipos de complicações de curto e médio prazo com relação ao postulado fármaco Lucentis, este de custo muito superior (cerca de 10 vezes o valor do Avastin). Ainda, afirmou que a utilização de Avastin é prática usual e encontra amparo em longas séries de estudos clínicos que atestam sua eficácia e segurança. Deste modo, na esteira do parecer médico do DMJ, ora ratificado, mantenho a decisão que indeferiu a antecipação de tutela.

Naqueles autos, houve ainda manifestação dos peritos do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul apontando a ausência de superioridade do medicamento Lucentis em relação ao similar Avastin:

[...] o medicamento Lucentis (ranibizumabe) pode ser substituído, sem prejuízos, pelo medicamento Avastin (bevacizumabe), cuja eficácia é semelhante e cujo custo é muito menor (com diferença de até dez vezes). [...] Conforme o próprio médico assistente da autora reconhece, a utilização do Avastin é prática usual em meios acadêmicos e encontra amparo em longas séries de estudos clínicos multicêntricos que atestam a sua eficácia e segurança. O fato de não haver resolução específica do Conselho Federal de Medicina sobre o tema não implica dizer que seu uso não é seguro [...].

Porém, conforme visto, em que pese a manifestação expressa dos peritos do Departamento Médico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o relator do agravo de instrumento determinou o fornecimento gratuito, pelo Estado do Rio Grande do Sul, do medicamento Lucentis.

Nesse contexto, uma pergunta se impõe: ao determinar à Fazenda Pública o fornecimento gratuito do medicamento Lucentis ao paciente portador de degeneração macular, estão sendo concretizados direitos do demandante ou se está contemplando o interesse econômico dos laboratórios fabricantes do medicamento?

A resposta parece clara, na medida em que, comprovadamente, ambos os medicamentos possuem efeitos semelhantes e podem ser utilizados, com segurança, no tratamento das doenças oftalmológicas ligadas à degeneração

macular. Disso se constata que, sem perceber, a atividade jurisdicional pode estar sendo indevidamente utilizada para satisfazer o interesse econômico das gigantes farmacêuticas, em um concreto exemplo de desvirtuamento do Estado de Direito de Direito para fins de pilhagem.

Ora, inexistindo prejuízo ao tratamento dos pacientes acometidos pela degeneração macular – fato atestado pelos peritos médicos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos autos do processo supracitado – não há justificativa razoável para determinar à Fazenda Pública o fornecimento do medicamento Lucentis em detrimento do similar (e mais barato) Avastin. Há, com isso, a satisfação do interesse econômico das indústrias farmacêuticas em detrimento da coletividade representada pelo Poder Público. Pior, trata-se de pilhagem chancelada (ainda que involuntariamente) pelo Poder Judiciário.

Em outros termos, o ativismo judiciário, levado a efeito na ânsia de concretizar os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal e assim anteder às exigências da vida com dignidade, acaba sendo empregado como instrumento da ignóbil exploração econômica e, portanto, da pilhagem, gerando um Direito flutuante e reflexivo, pois a mercê do mercado (ROSA, 2009, p. 52).

Há que se repensar, portanto, o modo pelo qual o Poder Judiciário exerce seu ativismo, pois o Direito deve ser empregado de modo a contemplar os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, mas também a restituir os bens usurpados pela pilhagem exercida pelo poder hegemônico. Não se admite, a toda evidência, que o Estado de Direito seja utilizado como instrumento de fomento da exploração econômica.

Nos dizeres de Mattei e Nader (2013, p. 360):

Os regimes jurídicos para os quais o bem comum deve estar a serviço do interesse coletivo, bem como as leis que asseguram o livre acesso à educação, aos serviços de saúde, à habitação decente e à água potável, devem ser aplicados e financiados pelo direito que, no momento, pertence a indivíduos e empresas que o obtiveram por meio da pilhagem.

Enquanto não for repensado o papel do judiciário e, portanto, da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais, o Estado de Direito continuará sendo instrumento da pilhagem contra aqueles a quem justamente objetiva proteger.

CONCLUSÃO

Vive-se hoje em um tempo de descrédito dos Poderes Executivo e Legislativo, decorrente de sua inoperância e não raro corrompimento; realidade essa que contribuiu para a hipertrofia do Poder Judiciário e elevação dos Juízes ao *status* de paradigma ético da sociedade, a quem incumbe zelar pelo respeito aos direitos fundamentais, mas principalmente pela sua concretização.

Porém, ao desempenhar seu mister, os membros do Judiciário muitas vezes transbordam as competências conferidas pela Constituição Federal, adentrando na esfera de atuação dos demais poderes, especialmente no que diz respeito à instituição e implementação de políticas públicas, constituindo, nesses casos, verdadeira ameaça ao regime democrático, praticando decisionismo e arbitrariedades, legitimadas apenas por um procedimento formalista e vazio de conteúdo democrático.

Sem prejuízo dessa crise enfrentada pelo Poder Judiciário, decorrente de seu ativismo desmedido, o Estado de Direito também é questionado, uma vez que a história da civilização moderna demonstrou que pode ser utilizado como justificativa para atos de exploração e pilhagem.

Dessa forma, tendo em vista que a atividade jurisdicional está umbilicalmente ligada ao Estado de Direito, indaga-se acerca da possibilidade de o Poder Judiciário também ser contaminado pelos interesses econômicos do mercado.

A resposta, conforme visto, é afirmativa. O caso prático trazido a lume explicitou o conflito vivenciado entre os interesses público e econômico, demonstrando a prevalência deste último.

Com efeito, tem-se de um lado a idêntica eficácia e segurança dos medicamentos Avastin e Lucentis para o tratamento da degeneração macular, asseverada cientificamente e corroborada pela penalização dos laboratórios fabricantes na Itália pela prática de conluio ao induzirem a recomendação do fármaco mais caro. De outro, o Poder Judiciário determinando o fornecimento do medicamento de valor mais elevado, a pretexto de assegurar o direito fundamental à saúde do paciente portador de degeneração macular.

Não há justificativa razoável, moral ou mesmo jurídica para a decisão do Poder Judiciário nesse sentido e, portanto, parece claro que a Jurisdição vem sendo indevidamente utilizada para atender aos interesses econômicos da indústria

farmacêutica, do que se extrai que, sim, o Estado de Direito serve como justificativa à pilhagem.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 13 de abril de 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. São Paulo: Renovar, 2001.
- BLOOMBERG. Disponível em <<http://www.bloomberg.com/news/print/2014-03-05/italy-fines-novartis-roche-251-million-over-eye-drug.html>> Acesso em 14 de abril de 2014.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Acórdão n. 70058981028*. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em 14 de abril de 2014.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Acórdão n. 70056181084*. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em 14 de abril de 2014.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n. 70059168104*. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em 14 de abril de 2014.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Processo n. 036/1.14.0001149-2*. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em 14 de abril de 2014.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998, p.1-44.
- EL MUNDO. Disponível em <<http://www.elmundo.es/salud/2014/03/06/5318762022601d386e8b456e.html>> Acesso em 14 de abril de 2014.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.
- GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

2002.

NEW YORK TIMES. Disponível em

<http://www.nytimes.com/2014/03/06/business/international/italy-fines-novartis-and-roche-in-collusion-case.html?_r=0> Acesso em 14 de abril de 2014.

PORTAL NOVARTIS. Disponível em

<<http://www.portal.novartis.com.br/upload/imgconteudos/1511.pdf>> Acesso em 14 de abril de 2014.

REUTERS. Disponível em <<http://www.reuters.com/article/2014/03/05/us-novartis-appeal-idUSBREA240HI20140305>> Acesso em 14 de abril de 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SANDEL, Michel J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isso: decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto. *Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira*. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR. 2011, Curitiba, n.53, p.137-164.