XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

GIOVANI CLARK

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Fernando Gustavo Knoerr, Giovani Clark – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-557-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Legitimidade. 3. Democracia. 4.Intervenção. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Apraz-nos coordenar o Grupo de Trabalho Transformações na ordem social e econômica e regulação na maravilhosa e histórica cidade de São Luis do Maranhão. O vigésimo sexto encontro nacional do CONPEDI não poderia ter deixado de ocorrer nas paragens maranhenses onde se respira cultura e se inebria o olhar com paisagens tão belas. Tantos escritores, contistas e poetas descreveram as belezas dessa terra (Ferreira Gullar, Aluísio de Azevedo, Artur de Azevedo e tantos outros desse majestoso quilate). Gonçalves Dias já afirmava: Minha terra tem palmeiras, onde canta o sabiá; as aves, que aqui gorjeiam; não gorjeiam como lá. E nesse espírito, Maranhão nos recebeu para avançarmos nos estudos do Direito.

A cada edição o CONPEDI se fortifica na tempera do aprimoramento constante em meio a apresentação de trabalhos científicos, da publicação de revistas e livros e da aproximação dos diversos pensadores e docentes jurídicos deste amado Brasil. Não se pode deixar de referir à apoteótica abertura do Evento propiciada pelo Professor Doutor Paulo Roberto Ramos e equipe (grande amigo desde os tempos de mestrado na UFSC juntamente com o Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves). Muito gratificante, também, foi reencontrar a Professora Doutora Edith Maria Barbosa Ramos que partilhou estudos na UFMG enquanto o Professor Everton Gonçalves fazia seu doutorado.

Como passa o tempo... Implacável tempo. Porém, a recompensa, é perceber que tudo vale a pena se a alma não é pequena já se ouviu dizer por Fernando Pessoa. Ter ido ao CONPEDI Maranhão valeu a pena e, particularmente, poder ter homenageado (in memoriam) o Professor Doutor Luiz Carlos Cancellier de Olivo valeu a pena. Ter lido, avaliado e escutado os temas discutidos em nosso GT, valeu extremamente a pena. Destarte, devem ser destacados e sugere-se a leitura de trabalhos como: Do terceiro setor no Brasil: ajustamento jurídico; Defesa da concorrência e regulação econômica: o acordo de leniência no cartel para a construção da usina hidrelétrica de belo monte; O poder econômico privado e sua interferência nas políticas públicas: enfoque na indústria farmacêutica; Uma breve investigação sociológica do Estado burocrático brasileiro: uma realidade patrimonialista; Registro público de empresas como regulação estatal; O acordo de leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e as investigações administrativa e penal: análise econômico-jurídica para a descriminalização da conduta anticoncorrencial do delator;

Agências reguladoras: regulação setorial e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; O embate entre mercado e estado em tempos de crise orçamentária e as consequências para a democracia; Assimetria tarifária na regulação do setor de energia elétrica no Brasil; Universidade federal, políticas de inovação e núcleos de inovação tecnológica: sua interação em face do marco legal de inovação e O compliance como forma de moralização da empresa: aspectos ligados à responsabilização da pessoa jurídica.

Uma última palavra deve ser dita parabenizando a nova diretoria do CONPEDI, capitaneada pelo Professor Doutor Orides Mezzaroba, que haverá de empreender novos desafios e respectivas conquistas no cenário acadêmico-jurídico brasileiro e também internacional. Desejamos a todos excelente leitura.

São Luis do Maranhão, 17 de novembro de 2017.

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Prof. Dr. Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PODER ECONÔMICO PRIVADO E SUA INTERFERÊNCIA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ENFOQUE NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

PRIVATE ECONOMIC POWER AND ITS INTERFERENCE IN PUBLIC POLICIES: FOCUS ON THE PHARMACEUTICAL INDUSTRY

Caio Corrêa Boldrini
Giovani Clark

Resumo

A pesquisa tem como objeto analisar os expedientes de uso abusivo do poder econômico privado, por parte das indústrias farmacêuticas, especificamente aqueles que se valem de patentes concedidas, bem como das políticas estatais de distribuição gratuita de fármacos a fim de "vende-los", sem licitação e sem de aprovação dos órgãos oficiais, mediante determinação de ordens judiciais; e depois se compeli a inserção dos medicamentos na lista de repartição estatal. A metodologia adotada na pesquisa foi de revisão bibliográfica, tendo como referencial teórico a obra do Prof. Washington Peluso Albino de Souza.

Palavras-chave: Poder econômico, Abuso de poder, Industria farmacêutica, Medicamentos, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of the research is to analyze the abusive use of private economic power by the pharmaceutical industry, specifically those that rely on patents granted, as well as the state's free drug distribution policies in order to "sell" them, Without bidding and without approval of the official bodies, through determination of judicial orders; And then the inclusion of the medicines in the list of state distribution was compelled. The methodology adopted in the research was a bibliographical review, having as theoretical reference the work of Prof. Washington Peluso Albino de Souza.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic power, Power abuse, Pharmaceutical industry, Medicines, Public policy

1 INTRODUÇÃO

Desde de o surgimento do capitalismo como sistema econômico, tem-se dado grande importância a preservação da livre concorrência e da propriedade privada dos meios de produção, sendo considerados requisitos fundamentais a manutenção de um mercado saudável.

Com o passar do tempo, o estudo mais aprofundado das práticas econômicas permitiu constatar que aqueles que detém maior poder econômico privado (empresas) impõem a sua vontade sobre os mais fracos, o que resultou em abusos do poder econômico, devendo ser prontamente combatido pelo Estado e pela sociedade.

Entretanto o dever fixado aos entes públicos é de grande complexidade, frente a magnitude dos interesses privados e consequente sua capacidade de realização, sobretudo os das grandes empresas nacionais e internacionais, dotadas de vasto poder financeiro, tecnológico, mediático, político que a depender da instituição supera a riqueza de algumas nações.

Tal situação gera frequentes obstáculos à repressão de práticas econômicas abusivas, tornando-se elas cada vez mais discretas e sofisticas, chegando-se ao ponto de o poder econômico privado, utilizar de sua influência para comandar os ditames das políticas públicas dos Estados.

Tendo como base as normas previstas na Constituição da República do Brasil (art. 173, parágrafos 4º e 5º da CR) e dispositivos infraconstitucionais correlatos, a pesquisa tem como objeto analisar expedientes de uso abusivo do poder econômico privado, por parte das indústrias farmacêuticas, especificamente aqueles que se valem das patentes concedidas, bem como das políticas estatais de distribuição gratuita de fármacos a fim de vende-los, sem licitação e sem de aprovação dos órgãos oficiais, mediante determinação de ordens judiciais; e depois se compelir a inserção dos medicamentos na lista de repartição estatal, dilatando assim as margens de lucro das empresas do setor.

A metodologia adotada na pesquisa foi de revisão bibliográfica, desenvolvida com base em livros e artigos, tendo ainda como referencial teórico a obra do saudoso Prof. Washington Peluso Albino de Souza, introdutor do Direito Econômico no Brasil, cujo o centenário de nascimento comemora-se nesse ano de 2017.

Ademais, a pesquisa bibliográfica possui caráter exploratório, permitindo maior familiaridade e estudo do problema. Por fim, a escolha do tema se justifica por ser o assunto polêmico e atual, carecendo de mais obras que venham a enriquecer o debate sobre a temática que atinge diretamente tanto a esfera pública quanto a particular.

2 VISÃO GERAL DO PODER ECONÔMICO

O poder sob o aspecto filosófico, não é uma estrutura fixa, de forma que um determinado seguimento social, econômico ou mesmo o Estado o detenha de maneira soberana e unilateral, ele perpassa por toda a sociedade, e consequentemente todos os sujeitos se encontram em posição de exerce-lo (FOUCAULT, 1989, p. 183).

A noção de poder encontra-se ligada à capacidade de agir do indivíduo e/ou empresa, trata-se da possibilidade de alguém influenciar, de alguma forma, em um determinado ambiente para que possa obter a satisfação de suas necessidades, sejam elas quais forem, afetivas, sociais ou econômicas (SOUZA, 2017, p. 236-237).

A "ação" e a "atividade", mesmo que de maneira potencial, são estruturas fundamentais do poder. Quando estes elementos agem na busca de interesses econômicos, tem-se então o âmbito de aplicação das normas de Direito Econômico (SOUZA, 2017, p. 236-237).

Assim, o poder econômico se manifesta quando o sujeito da atividade econômica, seja o poder público ou entidades privadas (empresas geralmente), apresentam potencial para influenciarem ou efetivamente atuarem no ambiente socioeconômico de forma a alcançar as suas necessidades ou objetivos institucionais.

É possível observar este "agir" econômico em diversos momentos. No que tange às relações de produção dos bens ou prestação de serviços, o poder se manifesta quando determinam-se os bens/serviços que serão produzidos, quem poderá produzi-los e as quantidades, e ainda, influencia diretamente no consumo via publicidade, moda, obsolescência programada. Já nas relações de consumo o poder se relaciona com a lei de oferta e procura de mercadorias/serviços, alcançando seu objetivo aquele em condições de determinar os preços de serviços e bens (CAMARGO, 2001, p. 41).

Adentrando mais profundamente no estudo do poder econômico, pode-se subdividi-lo em duas vertentes, quais sejam, o poder econômico público, e sua contrapartida privada.

Seja no âmbito público ou privado, devem os agentes econômicos agir pautados sempre nos comandos constitucionais e de sua ideologia adotada (SOUZA, 2017, p. 28-29), condicionando as suas ações/omissões da legislação de Direito Econômico.

A Constituição de 1988 adota uma ideologia plural, inclusive no campo econômico (CLARK, CORRÊA, NASCIMENTO, 2013, p. 292-293), voltada não somente a livre iniciativa, propriedade privada dos meios de produção e livre concorrência, mas também dando grande relevância aos aspectos sociais a fim de efetivar os comandos da nossa Lei Maior de 1988, dentre eles: a valorização do trabalho, a função social dos meios de produção, o fortalecimento do cooperativismo e de outros formas alternativas de produção, o desenvolvimento nacional, a redução da desigualdades regionais e sociais e a repressão ao abuso do poder econômico.

O poder econômico público é exercido pelo Estado. Cabe a ele o poder e o dever, em cumprimento estrito a nossa Lei Maior, de orientar, obstar, controlar, reprimir o abuso do poder econômico privado, adequando-o os moldes de suas políticas econômicas a ordem jurídica. Assim cabe, ainda, ao Estado estabelecer quais as práticas que devem ser tidas como lícitas ou ilícitas, justas ou injustas (SOUZA, 2017, p. 243) por intermédio da legislação infraconstitucional.

Assim sendo, a intervenção estatal no domínio econômico economia pode se dar indiretamente via as normas jurídicas (leis, decretos, resoluções) orientando, proibindo ou ditando as práticas dos agentes privados e públicos (lei de uso e abuso do poder econômico). Ou diretamente, onde o Estado cria empresas estatais, autarquias a fim atuar nos serviços públicos ou em setores estratégicos em concorrência com a iniciativa privada ou em regime de monopólio (SOUZA, 2017 p. 244-249).

Alias, os três entes da federação podem intervir direta e indiretamente no domínio econômico e legislar sobre o Direito Econômico, inclusive aos municípios brasileiros, conforme os art. 24, I e V combinado com o art . 30, I e II da CR (CLARK, 2001, p. 96).

No que diz respeito ao poder econômico privado, seu detentor é o particular, ou seja, os indivíduos ou empresas agindo alguma forma no processo produtivo.

Apesar de possuírem significante poder, as grandes empresas e conglomerados empresariais não são os únicos detentores do poder econômico privado.

Nota-se que os trabalhadores (sindicatos), detentores da mão de obra, são capazes de exercer pressão sobre seus contratantes, seja por melhores condições de trabalho, melhores salários ou para interferir na política interna da empresa. Também exercem o poder econômico privado grupos organizados dentro da sociedade civil (associações de consumidores) quando por exemplo boicotam produto de determinado fabricante ou vendedor (CAMARGO, 2014, p. 151).

As empresas de pequeno porte também podem se mostrar agentes relevantes quando diz respeito ao exercício de poder, seja coletivamente ou individualmente. Basta pensar no caso de uma empresa que forneça bens ou serviços de alta complexidade em mercado que não existam concorrentes à altura, sendo ela a única fornecedora, onde todos os potenciais compradores se veriam obrigados a adquirir o seu produto ou serviço pelo valor que a pequena empresa determinar (CAMARGO, 2014, p.157).

Entretanto, não se pode negar que os agentes privados mais poderosos são aqueles que organizam os fatores de produção para obtenção de lucros, ou seja, as empresas, especialmente as transnacionais e grande nacionais, dotadas de imensa fontes de recursos e influência na sociedade.

Observa-se que as empresas têm como necessidade a obtenção de lucros, logo utilizam-se dos meios que dispõe para alcança-lo.

No modelo de Estado Liberal, que exercia "reduzida intervenção no mercado, o "único possuidor" do poder econômico era supostamente o particular, e este o exercia por meio dos embates que ocorrem entre ofertantes e consumidores variados de mercadorias, de forma que os mais fortes derrotavam os mais fracos e adquiriam mais poder econômico (SOUZA, 2017, p.239-243). Todavia, no Estado Social e Democrático de Direito a intervenção estatal no campo econômico foi e é um dos motivos para os entes públicos previr e repremir o abuso do poder econômico privado, seja entre os agentes privados (especialmente protegendo as micros e pequenas empresas), seja na defesa do consumidor.

As empresas, cada vez maiores e poderosas, reflexo da "menor" interferência econômica do Estado, possibilitando um crescimento da influência daquelas na sociedade de modo geral, inclusive sobre os meios de comunicação, são as reais possuidoras do poder econômico (empresas), e por vezes, geralmente, se manifestando de forma "oculta" (COMPARATO, 2013, p. 5-6).

Tem-se hodiernamente a situação de conglomerados empresariais, especialmente os voltados para atuação no sistema financeiro, que detêm recursos financeiros superiores aos Estados, fenômeno agravado pela globalização e a transferência de capitais internacionais entre as nações (AVELÃS NUNES, 2012, p.30-33).

Naturalmente, a vasta influência dos maiores detentores do poder econômico privado pode gerar abusos, chegando-se ao ponto da submissão dos próprios interesses públicos aos desígnios de particulares, cabendo ao Estado então a árdua missão de combater tais condutas, mesmo que não se encontre em condições plenas de fazê-lo.

3 O USO E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

Quando se trata do poder econômico, especialmente o de natureza privada, é preciso distinguir o uso regular, daquele que consubstancia em abuso.

Tem-se por lícito o uso do poder econômico que respeite os ditames da Constituição de 1988, não violando, dentre outros comandos, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a soberania nacional, o fortalecimento da pequena empresa (art. 170 da CR), permitindo que tanto os entes públicos, assim como os particulares alcancem seus objetivos (SOUZA, 2017, p.252-254).

Assim, nada impede que os particulares, respeitando os mandamentos, constitucionais, legais e mercadológicos se lancem à pratica empresarial na esperança de obter lucros, juros e renda.

De forma semelhante não é vedado ao Estado que exerça políticas econômicas, voltadas ao desenvolvimento, seja em áreas estratégicas privadas ou serviços públicos, seja limitando o poderio privado no mercado, tais como: no setor de transportes, na indústria bélica, exploração de energia, na fornecimento de água e saneamento, etc. Ou então, aplicando políticas de distribuição de renda permitindo aos mais carentes uma maior participação na sociedade e por consequência na própria distribuição e produção das riquezas (SOUZA, 2017, p. 244-245).

Entretanto, paira sobre a sistemática da livre concorrência e iniciativa uma aura de fragilidade, propiciada pela própria lógica capitalista (autofágica), que acaba por contribuir

para que se abuse do poder econômico, permitindo assim a obtenção de lucros maiores e mais rápidos que aqueles adquiridos pelas formas regulares de concorrência.

Em um mercado de concorrência livre (teoricamente), baseada na propriedade privada dos meios de produção, o único limitador que poderia existir seria o de natureza econômica, ligado a oferta e procura dos serviços e mercadorias necessárias a satisfação das necessidades dos indivíduos e da sociedade, porém quando ocorre o condicionamento "político" do mercado, essa relação perde seu ar de "naturalidade" e passa a se submeter ao poder econômico (SOUZA, 2017, p. 239-240).

A constante disputa entre compradores e vendedores garantiu a evolução da ciência econômica, e permitiu um conhecimento mais profundo do mercado em si, sendo possível compreender e utilizar-se de forma eficaz, de estratégias que vinham a manipular as condições "naturais de oferta e procura", já não representando aquelas uma manifestação de vontade das partes, mas sim uma imposição unilateral (SOUZA, 2017, p. 240-243).

Então tornou-se possível a dominação do mercado por alguns indivíduos ou por seleto grupo de agentes (empresas), que de forma não prevista pelos economistas clássicos, derrotavam a concorrência, bem como a livre iniciativa e a liberdade de contratar, e impediam que novos concorrentes surgissem para desafia-los ou ficam subjugados/controlados pelos mais fortes, surgindo o que se conhece por “lei da concentração” (SOUZA, 2017, p. 240-243).

Vale ressaltar que a concentração pode gerar certas atitudes por parte do Estado. Pode-se tolerar o fato em questão, hipótese que se dá quando a prática se encontra dentro dos expedientes regulares do mercado neste caso, o ente estatal se mantém inerte. Também é possível que a prática seja consentida (homologada) por parte do Estado, quando por ato decisório fundamentado entende-se que a conduta se encontra albergada pelo direito. E finalmente, a ação do particular pode ser repelida, nos casos em se mostre propicia a eliminar a livre concorrência, dominar o mercado, ou mesmo quando aumentar de forma arbitraria a margem de lucro do negócio (CAMARGO, 2014, p. 153-154).

Como consequência negativa da “lei da concentração”, surgem as formas mais agressivas de utilização do poder econômico privado, tais como a formação dos monopólios e oligopólios, quando existe apenas um ou poucos fornecedores que dominam o mercado; ou no caso dos oligopsônios, onde todos os fornecedores se veem obrigados a vender para apenas um único comprador, que dita sozinho as regras da compra e venda. Outra prática

abusiva é a formação de cartéis, que consiste na combinação de preços por parte dos fornecedores ou compradores, com vistas a burlar a livre concorrência (SOUZA, 2017, p. 240-241).

Apesar de incomum, diferentemente do que ocorre com os entes privados, pode o Estado vir a abusar de seu poder econômico, na hipótese de editar um ato administrativo contento conteúdo econômico, abusando de suas prerrogativas e causando prejuízo a particulares ou a coletividade (SOUZA, 2017, p. 255-257), a fim, por exemplo, para beneficiar empresas importadoras (não liberação de credito fixado aos produtores internos).

Entretanto, a maioria dos abusos de poder econômico ocorrem setor privado. O objetivo ideal de quem se dedica à atividade empresária seria eliminar a concorrência ou subjugar "parceiros" ou concorrentes da cadeia econômica, formando o monopólio ou monopsônio, fato inclusive tido por necessário no capitalismo de Estado (COMPARATO, 2013, p.7-8).

No capitalismo a situação abusiva se caracteriza mais comumente pela partilha do mercado na mão de poucos competidores, especialmente os que detêm capital transnacional, sendo capazes de submeter o setor público aos seus interesses (COMPARATO, 2013, p.7-8). Atualmente, segundo Avelãs Nunes (2012, p. 30), menos de 1.400 grandes grupos de empresas transnacionais dominam a economia mundial.

No Brasil, quando se tem em mente a repressão ao abuso do poder econômico, duas leis merecem destaque. São elas: a Lei nº 8.137 de 27/12/1990 e a Lei nº 12.529 se 30/11/2011, ambas criadas em âmbito federal. A primeira pune penalmente os abusos do poder econômico (somente pessoas físicas), já a segunda previne e pune administrativamente tais práticas (pessoas físicas e jurídicas), além da possibilidade da responsabilidade civil pelos mesmos atos ilícitos.

A Lei nº 8.137/90, versa em seu art. 4º sobre práticas abusivas perpetradas pelo poder econômico privado ou público que se encontram na esfera do Direito Penal. Pelo transcrito neste dispositivo legal, constitui crime usar do poder econômico para dominar o mercado e eliminar a concorrência, através por exemplo de ajuste entre empresas. Assim, o cartel é punida com pena de reclusão de 2 a 5 anos acrescidos de multa.

Entretanto, merece maior destaque a Lei n.º 12.529/2011, não somente pelo fato de realizar substanciais alterações na Lei n. º 8.137/90, mas por tratar de forma mais detalhada

toda a sistemática legal da livre concorrência, da liberdade iniciativa e de contratar, isso a nível administrativo sobretudo.

A Lei n.º 12.529/2011, instituiu, seguindo os ditames constitucionais (arts. 17o e 173, parágrafo 4º da CR), o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com a finalidade precípua de agir de forma preventiva ou repressiva contra quaisquer infrações à ordem econômica.

O SBDC é composto fundamentalmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que por sua vez é uma entidade judicante, munido de atribuições, tais como decidir sobre a ocorrência de infrações perante a ordem econômica e a consequente aplicação de penalidades, com natureza de autarquia federal, atuante em toda a nação, e vinculada ao Ministério da Justiça. E ainda, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, que possui atuação na promoção da concorrência perante os órgãos governamentais e na sociedade, dentre elas: estudar e acompanhar o mercado de consumo e dar parecer técnico ao CADE.

O CADE tem competência legal prevenir, investigar e punir as pessoas físicas e jurídicas (públicas ou privadas), cabendo aplicar as infrações administrativas tantos as empresas, quanto aos seus dirigentes. Sendo permitido inclusive em certos casos, a desconsideração da personalidade jurídica (art. 31 da Lei nº. 12.529/2011), para que assim se atinja o real beneficiário do ato econômico abusivo. Por último, observa-se que as infrações consubstanciadas na Lei n.º 12.529/2011, não dependem da comprovação de culpa do agente.

Nota-se que a Lei n.º 12. 529/2011 descriminalizou certas condutas anteriormente previstas na lei 8.137/90,tais como a exigência de subordinação da venda de um produto juntamente com o fornecimento de outro produto ou serviço, prática conhecida como “venda casada”, ou mesmo então sujeitar a venda do bem as quantias arbitrariamente determinadas pelo vendedor, porém não se pode concluir que isso abrandou o tratamento concedido ao abuso de poder econômico, na medida que os antigos tipos penais, ora revogados, se encontram agora como ilícitos civis previstos na Lei de Defesa da Concorrência, possibilitando que sejam aplicadas sanções pecuniárias as empresas que se valerem de tais expedientes.

Assim, é possível perceber que o uso anormal do poder econômico recebe tratamento repressivo por parte do Direito. Entretanto diante da magnitude dos interesses

empresariais, os entes estatais de punição e as leis ainda se encontram em situação de desvantagem, especialmente frente a uma pratica insidiosa e eficaz, que se tem visto de tempos em tempos na história brasileira, qual seja, o condicionamento das políticas públicas para que sejam atendidos os interesses econômicos privados.

4 O PODER ECONÔMICO PRIVADO E A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

Merece atenção especial a utilização do poder econômico privado por parte de seus detentores para interferir sobre as políticas públicas e demais ações estatais de forma que se maximize os ganhos financeiros das empresas.

Algumas práticas mostram como as formas de abuso de poder econômico privado costumam passar "despercebida", graças a uma inversão de papéis, não deixando o Estado determinar dentro da sistemática constitucional o âmbito de atuação dos entes privados, mas ocorrendo o contrário, de forma que os particulares usam o Estado para se beneficiar.

A prática não é estranha no Brasil. Apenas para citar um exemplo, no período histórico, conhecido com República Velha, vigente entre 1889 até 1930, a economia nacional dependia primordialmente da exportação de gêneros agrícolas, sobretudo o café. Tal fato garantiu aos seus produtores, relevante poder econômico privado que veio por consequência a lhes garantir forte influência política, e logicamente nas medidas de política econômica (cambial por exemplo).

Dessa forma, em 1906, durante um período de crise na comercialização do café, os Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais fizeram com que os seus governadores se reunissem na cidade de Taubaté/SP para firmar um acordo a fim de elevar artificialmente o preço das sacas de café e dificultar a exportação de grãos de baixa qualidade, elevando assim o seu preço no mercado internacional, mas trazendo sérios entraves a industrialização do Brasil. Tal medida recebeu o aval da União garantindo a legalidade do acordo, através do Decreto Legislativo Federal 1489, vindo tal encontro a ser conhecido como Convênio de Taubaté (CAMARGO, 2001, p. 49-50).

Outros episódios poderiam ainda ser relatados, uma vez que grupos econômicos vêm colocando seus interesses acima da vontade coletiva. Apesar das diferentes estratégias existentes, passíveis de interferência no cumprimento de políticas públicas, serão analisadas

no artigo práticas relativas às indústrias farmacêuticas, mais especificamente a questão da patente de medicamentos e a introdução no mercado brasileiro de remédios não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e não fornecidos espontaneamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), através do que passou a ser conhecido como fenômeno de judicialização da saúde.

O sistema de patentes como se conhece atualmente, foi criado durante a Idade Moderna na Inglaterra, objetivando o estímulo de invenções pelo setor privado. É comum empresas utilizarem da proteção legal da patente como forma de dominar o mercado impedindo a transmissão de tecnologia, e o que é pior, exigindo por parte do poder público investimentos que só ele pode ofertar e quase sempre somente beneficiam o próprio setor privado (COMPARATO, 2013, p. 12-15).

Para que se produzam diversas patentes com pouca inovação, certos expedientes são utilizados, como o *flooding*, técnica consistente na proliferação excessiva de patentes no mesmo setor; o *fencing*, caracterizado pela criação de uma série de patentes impedindo certas linhas de pesquisa e desenvolvimento; e por último, o *surrounding*, quando se cria uma proteção a uma patente importante por meio de várias menores em torno dela (COMPARATO, 2013, p. 12-15).

Outra prática recorrente na indústria farmacêutica é a repetição da patente do mesmo medicamento com o objetivo de impedir ou atrasar a entrada de fármacos genéricos no mercado. Assim que as patentes básicas não se encontravam mais protegidas, surgiam registros de medicamento derivados dos originais, sendo por vezes substituída apenas a dosagem. Todas essas estratégias têm o intuito de garantir o oligopólio da indústria farmacêutica. Chegou-se na situação de haver mais oitocentas patentes diversas para um mesmo produto recomendado no tratamento do vírus HIV (COMPARATO, 2013, p. 12-15).

A estratégia supracitada garantiu uma margem de lucro estratosférica às companhias detentoras de tais patentes, sem haver contrapartida alguma a melhoria da saúde pública, estima-se que no ano de 2012 nos Estados Unidos da América, pagou-se em *royalties* perto de 300 bilhões de dólares, quase 2% do PIB, para o uso de tais medicamentos, conforme informa Fabio Konder Comparato (2013, p. 14). Isso sem falar, segundo escreve Boaventura de Souza Santos (2001, p. 41-42), baseado em relatórios da Organização Mundial da Saúde que os investimentos e pesquisas da industria farmacêutica transnacional são para as doenças de nações ricas.

É importante notar também que o poder econômico privado tem exercido sua influência, inclusive, sobre as demandas judiciais que versam sobre a concessão gratuita por parte do Estado de medicamentos que ainda não são encontrados no mercado nacional ou não são liberados para consumo pelos órgãos técnicos responsáveis (AVISA sobretudo). Para tanto, tem-se aproveitado do fenômeno conhecido como judicialização da saúde.

É cada vez mais comum que os indivíduos procurem o Judiciário, pleiteando o cumprimento dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, sendo volumoso o número de demandas que busca a satisfação plena dos direitos à saúde (arts. 6, Caput e 196 da CR) e a vida (art. 5, Caput da CR).

Com isso, demanda de saúde que antes cabiam a resolução ao Executivo e ao Legislativo, via leis, decretos, portarias, resoluções, compras e distribuição de medicamentos, passam a ser resolvidas pelo Judiciário, causando significativas modificações na linguagem, na argumentação, na participação popular e no consequente desfecho dos conflitos (BARROSO, 2009, p. 9).

A postura mais recente dos tribunais não é necessariamente mais benéfica ou mais danosa para a sociedade ou ao Estado, entretanto, revela a prevalência de uma corrente doutrinária que considera os direitos a saúde e/ou a vida como garantias subjetivas, sendo imperiosa a prestação estatal para aqueles que alcancem a sua máxima eficácia (VELOSO, 2013, p. 45).

Acrescenta-se a equação, a urgência que paira sobre a concessão ao direito à saúde, não podendo o pleiteante aguardar uma solução lenta ou paliativa da demanda, fato que deve ser levado em conta pelo Judiciário que em diversas situações se encontra diante do dilema de negar a concessão de certo medicamento e findar as esperanças de tratamento do individuo e/ou prolongar a vida e/ou diminuir os sofrimentos das doenças.

Tem-se assim o palco perfeito para que o poder econômico privado se utilize de ações judiciais para aumentar sua margem de lucro, inviabilizando o planejamento estatal (Lei Orçamentária por exemplo), afastando o uso das licitações nas compras públicas de determinados fármacos e destruindo a distribuição democrática dos medicamentos a todos necessitados.

No ano de 2006, realizou-se no Estado de São Paulo um estudo sobre as principais características das demandas que envolviam o fornecimento de medicamentos por parte do poder público. Constatou-se que das 2.927 demandas ajuizadas, cerca de 97% tinham como

procuradores advogados particulares, e que dentro deste grupo, 6 deles representavam 1% dos membros da advocacia eram responsáveis por 35% das ações. Notou-se ainda que 1.309 processos tinham como pedido o fornecimento de apenas 14 medicamentos, representados por 31 advogados dos quais 11 representavam 47% destas demandas (CHIEFFI; BARATA, 2010, p.424-246).

Todos os fármacos requeridos na Justiça eram sofisticados, caros e de uso bastante especializado, sem contar que à época não se encontravam disponíveis de uso pelo Sistema Único de Saúde (SUS), vindo a serem posteriormente incluídos, graças ao volume de pedidos judiciais. Deve-se ter em mente também que tais medicamentos não possuíam similares disponíveis no mercado, ficando o Estado submisso ao preço e condições exigidas pelos fabricantes (CHIEFFI; BARATA, 2010, p. 427-428).

As demandas em sua maioria, têm como requerente pessoas desprovidas da capacidade custear os medicamentos, apesar de serem patrocinadas por advogados cujos os honorários são pomposos, levantando ainda mais suspeitas sobre o patrocínio das demandas por parte das indústrias farmacêuticas, as quais perceberam ser possível se utilizar dos mecanismos judiciais para forçar a compra de seus fármacos caros e sem licitação. Alias, tática geralmente mais eficiente e barata que a realização de *lobby* sobre o Executivo (SODRÉ, 2010, p. 12-13).

Portanto, estar-se diante de mais uma utilização abusiva do poder econômico privado, onde se utiliza de uma "tendência progressista" por parte dos tribunais, em certos conflitos sociais, para aumentar seus lucros, seja pela compra de um fármaco para casos específicos (criação de demanda); ou então, quando o excessivo número de demandas judiciais, força a inserção em massa dos medicamentos no mercado, através do fornecimento obrigatório pelo SUS, fragilizando assim a democracia participativa nacional quanto a discussão, produção da lista e distribuição gratuita de medicamentos a todos necessitados. Alias, tal ilicitude privada (política econômica do setor) possui tratamento legal "aberto" na Lei n. º 12.529/2011 (art. 38, parágrafo 3, inciso XIX) e na Lei n.º 8.137/90 não foi tipificada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que a utilização do poder econômico, com fins de satisfazer as necessidades de seu detentor, respeitando-se os limites relativos aos ditames constitucionais, é perfeitamente legal e deve resultar no desenvolvimento nacional.

Entretanto, a fragilidade da legislação, bem como do exercício preventivo e repressivo do Estado e da sociedade civil organizada, propiciada pela própria lógica capitalista de acumulação rápida de lucros e dominação de mercados fazem com que os detentores do poder econômico, especialmente no setor privado (empresas) o utilizem na forma abusiva.

Assim cabe ao Estado a missão de controlar os abusos do poder econômico privado, o que no Brasil se dá principalmente pela atuação do CADE (Lei n. 12.529/2011), uma autarquia federal incumbida na tarefa de prevenir, julgar e punir administrativamente condutas que se mostrem danosas ao mercado, ao consumidor, a soberania nacional e ao Estado, protegendo com isso em última instancia a sociedade em si e as próprias políticas públicas planejadas a fim de dar concretude a Constituição brasileira. Logicamente, também é possível punir penalmente (Lei n. 8.137/90) e exigir a responsabilidade civil daqueles que comentem tais abusos.

Entretanto a tarefa Estatal é bem mais difícil do que aparenta. Em um "mundo globalizado", onde existem empresas detentoras de enorme capital transnacional, torna-se extremamente árduo impor limites à atuação de tais agentes econômicos, devido a sua grande influência financeira, midiática, tecnologia e política.

A sociedade civil organizada também é fundamental engajar-se nessa luta contra os abuso do poder econômico das empresas, exigindo e estimulando, por exemplo, outras formas de tratamento e cura da doenças fora do alcance das indústrias oligopolizadas de fármacos.

Empresas de grande porte aprimoram seus expedientes de controle de mercado, buscando-se meios "mais discretos", mas não menos eficientes de exercer de forma abusiva o seu poder. Chegou-se a situação de não mais o poder econômico público condiciona a atuação dos agentes privados na busca da efetivação da ordem jurídica (incluindo o direto à saúde), ocorrendo exatamente a inversão, ou seja, o poder econômico privado passou a ditar comportamento estatal objetivando multiplicação dos seus lucros.

Ademais, as relatadas políticas econômicas privada comprovam a influência das indústrias farmacêuticas sobre Estados nacionais de todo o mundo, sendo comum a dominação do mercado através da propriedade da patente de fármacos com o único objetivo de evitar que medicamentos genéricos cheguem ao mercado; ou então pelo patrocínio de demandas judiciais que possuem a finalidade de forçar o Estado a adquirir remédios que não se encontram disponíveis no SUS por exemplo, e sequer possuem eficácia comprovada. Logicamente, fragilizam o planejamento estatal e a democracia participativa na saúde.

Por fim, gostaríamos de ponderar, que existem casos específicos e urgentes onde se recorrer ao Judiciário para garantir os direitos a saúde e/ou a vida de brasileiros e brasileira que estão fora das praticas abusivas da industria de medicamentos exemplificadas acima, e devem ser analisados e deferidos os pedidos. Inclusive em casos de medicamentos caros e não aprovados pelos órgãos estatais pode ser quebra a patente dos mesmos (art. 37, IV, a da Lei. n.º 12.529/2011), naquela compra específica imposta pelo Judiciário, a fim de "limitar" as praticas abusivas . Tudo em nome do direito a saúde e a vida (arts. 6º, Caput, 196 e 5 º, Caput da CR), bem como da soberania nacional, da função social da propriedade dos meios de produção, da livre concorrência, da defesa do consumidor, conforme art. 170, I, III, IV, V da CR; e ainda da repressão e prevenção do abuso do poder econômico (art. 173, parágrafo 4º da CR e a Lei n. 12.529/2011).

6 REFERÊNCIAS

AVELÃS NUNES, António José Avelãs. **A Crise Atual do Capitalismo**: Capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimação democrática. **Anuario Ibero-americano de Justicia Constitucional**, v.13, p. 17-32, Enero/Diciembre. 2009.

BRASIL. Lei 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de

1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de dezembro 2011.

BRASIL. Lei 8137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 de dezembro 1990.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico.** Núria Fabris: Porto Alegre, 2014.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico e Direito Administrativo:** o Estado e o Poder Econômico. Porto Alegre: Fabris, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico:** Aplicação e Eficácia. Porto Alegre: Fabris, 2001.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judicias: estégia da indústriafarmacêutica para introdução de novos medicamentos**. Revista S aúde Pública,** v. 44, n. 3, p. 421- 429, jun. 2010.

CLARK, Gionvani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia Constitucional e Pluralismo Produtivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. v. Especial, p. 265-300, 2013.

CLARK, Giovani. **O Município em Face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e Poder Econômico**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** V. Especial, p. 167-195, 2013.

FOUCAULT, Michel**. Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975/1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SODRÉ, Habacuque Wellington. A judicialização da política, ativismo judicial, políticas púbi cas sociais e grupos de interesses: a análise dessa relação a partir do estudo da judicialização Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72426>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SANTOS, Boaventura de Santos. Os Processos de Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Santos et al. **Globalização:** Fatalidade ou Utopia. 2 edição. Porto: Afrontamento, 2002, p. 32-106.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6º Ed. 2° Tiragem, São Paulo: Ltr, 2017.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. **O instituto jurídico do planejamento no direito administrativo constitucional brasileiro**: uma proposta de efetivação de direitos fundamentais. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC Minas, 2013.