

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da
Regulação

Maíra Selva de Oliveira Borges

Princípios da Ordem econômica e da Ordem
Social: um conflito aparente

Brasília – DF
2013

Maíra Selva de Oliveira Borges

Princípios da Ordem econômica e da Ordem Social: um conflito aparente

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador: Prof.

Brasília – DF
2013

Maíra Selva de Oliveira Borges

Princípios da Ordem econômica e da Ordem Social: um conflito aparente

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1. ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	07
1.1. O princípio da livre iniciativa.....	15
1.2. O princípio da livre concorrência.....	18
1.2.1. Concorrência praticável.....	24
1.2.2. Direito da concorrência e a proteção ao consumidor.....	26
2. ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	29
2.1. Direito à saúde.....	30
3. PRINCÍPIOS NAS RESOLUÇÕES DOS <i>HARD CASES</i>	35
4. DIREITO DA CONCORRÊNCIA E ACESSO À SAÚDE: UM CASO CONCRETO.....	38
4.1 Breve relato da demanda.....	38
4.2. A análise dos princípios constitucionais.....	42
CONCLUSÃO.....	43
BIBLIOGRAFIA.....	45

RESUMO

Em um sistema jurídico, construído a partir de regras e princípios, não se pode dizer que há uma prevalência, *a priori*, de uns sobre outros. As regras são válidas ou não. Os princípios, dada a sua relação de equivalência, podem estar em situação de conflito, nos casos concretos. Superando a visão positivista de Kelsen e Hart, Ronald Dworkin propõe que o julgador, diante dos *hard cases*, se utilize da análise de princípios para decidir pela melhor opção, suprindo lacunas que um sistema de regras abstratas possui. Princípios da Ordem social também estão inseridos na Ordem Econômica da Constituição de 1988, pois realizam um projeto de um Estado de economia liberal, mas com princípios de apelo social, como a proteção ao consumidor, ao livre trabalho, à função social da propriedade, por exemplo. Esses entendimentos se perfazem em uma pauta interpretativa a ser utilizada nos casos concretos, em que princípios serão confrontados.

PALAVRAS-CHAVE: Regras, Princípios, Ordem Social, Ordem Econômica, Direito à Saúde

ABSTRACT

In a juridical system, built upon rules and principles, we can't say that there is, a priori, such a prevalence of one upon another. Rules are or are not valid. Principles, considering their equivalent relationship, can be in a conflict situation in each case. Getting over Kelsen and Hart's positivist view, Ronald Dworkin proposes that the judge, facing the so called hard cases, must use a principles analysis to come up to the best option in each case, supplying gaps that a system of abstract rules has. The principles of the Social Order are also inside the Economical Order of the Constitution 1988, because they make a project of a State of a liberal economy, but consider principles that that have a social appeal, such as the protection of the consumers, the free work, the social function of property, for instance. This understanding can be used as an interpretative agenda to be used in each case in which principles are in confront.

KEY WORDS: Rules, Principles, Social order, Economical order, Health rights

INTRODUÇÃO

O direito, mais do que uma simples incorporação de costumes, é reflexão filosófica, mesmo que seja a própria (re)construção hermenêutica do sistema a partir dos mesmos costumes.

O sentido de um sistema jurídico está intimamente ligado à dos princípios, que são partes coordenadas desse sistema. Dentro dessa ótica, se são partes coordenadas de um todo, todas elas são importantes em sua função e demonstram a complexidade de um tecido cerrado, traduzindo e fazendo incorporar as situações e bens da vida para dentro do ordenamento jurídico.

A própria ideia de constituição é de que toda ordem jurídica contem certos princípios que, pela sua importância e de acordo com certos critérios, são determinantes para essa ordem jurídica, constituindo o fundamento da sua estrutura. A ideia de constituição, portanto, suscita sempre a ideia de normas fundamentais, de princípios constitutivos, de elementos estruturadores de um todo.¹

Especificamente, falando-se de um sistema jurídico que contempla as relações econômicas existentes e de como a constituição interpreta, valora e introjeta em sua lógica, é necessário se averiguar o que lhe dá unidade, ou seja, o que se mostra como elemento que possa fazer com que as relações econômicas sejam valoradas juridicamente.

Precisamente, são os princípios e regras ou instituições jurídicas que traduzem juridicamente os elementos determinantes do econômico – isto é, é uma determinada estrutura de relações de produção –, são eles que hão de ser elevados à qualidade unificante do material jurídico-

¹ MOREIRA, Vital. Economia e constituição, p. 36.

econômico, isto é, ha de constituir a ordem econômica. As normas jurídicas portadoras do sistema econômico são pois o núcleo fundamental da constituição econômica.²

No entanto, é necessário se ter em mente que essa é uma análise ou uma observação que nunca poderá ser feita *a priori*. Regras são válidas ou inválidas numa análise geral e genérica, mas não, os princípios. Os conflitos devem ser analisados caso a caso.

Ilustrando e trazendo a questão para nosso objeto de análise, parece haver uma ideia preexistente e arraigada historicamente de conflito entre os princípios da ordem econômica, mais especificamente aqueles que protegem o direito à concorrência, com princípios de ordem social.

No entanto, é necessário se ultrapassar alguns estigmas que parecem acompanhar sempre essas dualidades e compreender que o conflito, quando existente, é inerente ao sistema jurídico. O que não significa que eles não possam ser enfrentados, mesmo nos chamados *hard cases*. Ou seja, se pertencem ao sistema, não há incoerência, apenas há sobreposição de uns sobre os outros em cada caso.

Visto isto, tem-se como objeto de análise o tratamento dos princípios da ordem econômica e o aparente conflito existente entre esses e os princípios da ordem social. Em verdade, ilustra-se com um caso concreto, que, em termos metodológicos, foi o que despertou atenção para o tema.

² MOREIRA, Vital. Economia e constituição, p. 37.

1. A ordem econômica na Constituição de 1988

O capítulo da ordem econômica, inaugurado no art. 170 da Constituição Brasileira de 1988, estabelece as bases constitucionais do sistema econômico. Notadamente, o capítulo sobre a ordem econômica tem sua construção na ideia de um Estado de bem estar social, que reconhece o capitalismo como sistema de produção, mas com a presença de elementos que garantam certo intervencionismo estatal para contemplar outros princípios, arrolados em vários dos incisos do art. 170, de cunho social e, também, para poder regular o mercado.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;-

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Na visão de Calixto Salomão,³ o próprio art. 170 define parâmetros para resolução de conflitos. Três princípios presentes no *caput* destacadamente se sobreporiam: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social. Seriam todos eles, a um primeiro olhar, limitantes da própria “atividade econômica”.

Embora estejam elencados conjuntamente com o mesmo propósito geral, como se disse acima, em se tratando de princípios, não há como se falar num afastamento absoluto de conflitos, mesmo que pareçam vir de um mesmo tronco, um mesmo substrato ou tenham um objetivo em comum.

Num primeiro momento, tal observação pode parecer um pouco inadequada, porém, ao contrário, sobre a questão dos princípios, não há nenhuma posição perene de uns em relação aos outros. Ademais, por mais que nossa Constituição não seja considerada analítica, os princípios nela contidos, escritos ou não, trazem especificidades para agendas que o legislador quer implementar, propósitos pré-estabelecidos. Nesse sentido, poderíamos fazer uma alusão um pouco mais estendida sobre o dizer: “a lei não contém palavras inúteis”. Do mesmo modo, não há princípios, escritos, ou não, sem utilidade, ainda que se pareçam objetivar tratar de coisas semelhantes.

Voltando, pois, à questão dos princípios inscritos no *caput* do art. 170 e aos seus objetivos, Calixto Salomão traz um direcionamento programático para o enfrentamento dos conflitos que ocorram entre si:

Medidas objetivando a justiça social podem não ser totalmente compatíveis com a livre iniciativa, e

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos), p. 165.

vice-versa. Nesse caso não parece haver outra alternativa a não ser dar prevalência ao princípio mais diretamente afetado pela medida específica em análise.⁴

O que Calixto Salomão verifica e propõe é justamente a análise casuística sobre os conflitos entre princípios verificáveis. Até porque, não se verificariam apenas entre os de ordem econômica e outros que poderiam ser enquadrados como os de ordem social, mas, também entre os próprios descritos no *caput* do art. 170.

Há, então, uma diretriz mínima que deve ser encarada nos casos – uma política tendente a eliminar a concorrência é claramente contrária à livre iniciativa. E também não serve de instrumento para promoção de justiça social. Por outro lado, quanto à regulação da atuação dos agentes privados no mercado, a promoção da justiça social parece sugerir o alcance de equilíbrio entre os agentes no mercado.

Traduz-se em um princípio de democracia econômica, que só pode ser obtida através de uma concepção institucional da regulação. Ademais, evidentemente, a justiça social só pode ser obtida através da existência de políticas sociais (que compreendem, obviamente, o desempenho do serviço público no sentido da promoção da justiça social) tendentes a eliminar as desigualdades.⁵

Visto isso, percebe-se que não existe constitucionalmente no Brasil qualquer autorização para a aplicação do antitruste e da regulação exclusivamente como instrumento de política econômica, sem que os princípios institucionais concorrenciais sejam observados.

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos), p. 165.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 166.

Antes, importante ainda ressaltar que os princípios basilares da constituição econômica não estão circunscritos tão somente no art. 170, pois podemos encontrar outros princípios informadores no art. 1º (a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) e no art. 3º (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais).

A constituição econômica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômica, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.⁶

Vital Moreira traz contribuição importante para o entendimento sobre a ordem econômica:

- em um primeiro sentido, 'ordem econômica' é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); e o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

⁶ MOREIRA, Vital. Economia e constituição, p. 41.

- em um segundo sentido, 'ordem econômica' é a expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
- em um terceiro sentido, 'ordem econômica' significa ordem jurídica da economia.⁷

A partir desse ponto de vista, a leitura do artigo 170 da Constituição deve incluir o sentido não de ordem econômica, no aspecto apenas normativo, do dever ser, mas o próprio modo de ser da economia, as relações econômicas em conjunto.⁸ Pode-se entender, então, que, quando se diz, no enunciado do art. 170, "a ordem econômica", quer-se dizer, na verdade, que as relações econômicas devem estar fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (as relações econômicas, a atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se, também, os princípios arrolados nos seus incisos.

O conceito de ordem em direito traz em si a ideia de sistematização de princípios. Assim, ordem econômica é o "conjunto de princípios e de instituições harmonicamente dispostos no sentido de satisfação das necessidades individuais e coletivas".⁹

A Constituição Brasileira de 1988 traz uma forma de institucionalização do Estado de bem-estar social. A elevação de um programa como agenda constitucional deve fazer sentido quando o modelo tratado na norma possa garantir o estabelecimento e desenvolvimento de políticas públicas dentro do exercício do poder de intervenção estatal sobre a economia.

⁷ MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra: Centelha, 1973, pp. 67-71. *Apud*: GRAU, Eros R. A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 64.

⁸ Eros Grau, p. 66.

⁹ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste. p. 75.

Desse modo, Carlos Jacques¹⁰ visualiza duas categorias de princípios que tratam da relação entre a atuação estatal e a ordem econômica: os princípios liberais, ou estatutários, e os princípios intervencionistas, ou conformadores.

Os princípios liberais e intervencionistas, positivados na Constituição, compõem a chamada constituição econômica em sentido formal, definindo a ordem econômica instituída. A exemplo, estariam contemplados os arts. 1º, 3º, 5º e 170.

Os princípios liberais são aqueles que garantem uma esfera de isenção do particular perante a atuação estatal, pode-se citar: a livre iniciativa, como liberdade dotada de valor social, presente nos arts. 1º, IV (fundamento da República brasileira), 5º, XIII (garantia individual), 8, *caput* (garantia coletiva à associação sindical) e 170, *caput* (valor que funda a ordem econômica), o direito à propriedade privada dos meios de produção e de consumo, que se encontra nos art. 5º, XXII (garantia individual) e 170, II (princípio da ordem econômica).

Os princípios intervencionistas, ao contrário, são aqueles que demandam ação estatal positiva, ativa e conformadora da realidade econômica e social, tais como: a dignidade da pessoa humana, também como fundamento da República (art. 1º, II) e objetivo maior da ordem econômica (art. 170, *caput*), o valor social do trabalho, que se inscreve no art. 1º, IV (fundamento da República) e 170, *caput* (valor que funda a ordem econômica), a função social da propriedade de produção e consumo, tutelada nos art. 5º, XXIII (garantia individual) e 170, III (princípio da ordem econômica), a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 3º, I), como objetivo fundamental da República e a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II e art. 218), erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e art. 170, VII), sujeição da ordem econômica aos

¹⁰ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p. 82.

ditames da justiça social (objetivo da ordem econômica – art. 170, I), a livre concorrência (princípio da ordem econômica – art. 170, IV), defesa do consumidor (art. 170, V), defesa do meio ambiente (art. 170, VI), busca do pleno emprego (art. 170, VIII), o tratamento favorecido para empresas brasileiras de pequeno porte (art. 170, IX) e a integração do mercado interno no patrimônio nacional (art. 219).

A tensão existente entre princípios liberais e intervencionistas decorre da própria lógica da constituição econômica¹¹, que destaca uma realidade existente, mas tenta conformá-la a uma ordem econômica positivada.

E se cabe-se falar em uma certa preponderância dos princípios intervencionistas sobre os liberais, isso se deve a uma busca de máxima efetividade das normas constitucionais.¹² O conflito aparente deve ser resolvido pela interpretação harmonizante, por meio de uma análise funcional do direito.

Eros Grau¹³ defende a análise funcional e não meramente dogmática do direito. Nessa posição, o direito “deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas”. E os princípios positivados pela Constituição tem essa função de oferecer valoração política para a interpretação.

A interpretação constitucional da ordem econômica deve equalizar possíveis incompatibilidades principiológicas na busca de assegurar

¹¹ O conceito de constituição econômica pode ser entendido como sendo o conjunto dos preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, institui uma dada forma de organização e funcionamento da economia e constitui uma determinada ordem econômica, ou, ainda, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos que garantem e/ou instauram, propiciam a realização de uma determinada ordem econômica concreta – Vital Moreira, nota 5, p. 70)

¹² GRAU, Eros R. A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 86.

¹³ *Idem. Ibidem.* p. 87.

máxima efetividade das pautas conformadoras da realidade econômica e social. Segundo Tiago Dantas¹⁴:

(...) é dever da exegese constitucional examinar a letra da Constituição num espírito construtivo, procurando, sem falsear o pensamento do legislador constituinte, as compatibilidades mais do que as incompatibilidades do texto com as exigências de ordem social e com os deveres do Estado.

É visível que a Constituição, em seu papel dirigente, enuncia diretrizes, programas, fins a serem realizados pela sociedade e pelo Estado, busca implantar um Estado de bem-estar social. O que significa dizer que há um plano, uma busca por uma ordem econômica que inclua uma distribuição equitativa da renda entre produtores, trabalhadores e consumidores, como forma de se assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Para realizar esse programa conformador da realidade econômica e social, o Estado deve intervir sobre o domínio econômico, formulando e colocando em prática políticas públicas em conformidade com os objetivos constitucionalmente traçados. E o papel do aplicador do direito é o de enfatizar a interpretação funcional e dinâmica das normas que compõem a constituição econômica, a fim de garantir sua máxima efetividade, realçando o papel do direito enquanto instrumento de implementação de políticas públicas.

¹⁴ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p. 87.

1.1. O princípio da livre iniciativa

Dentro da ordem econômica, destacam-se os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Muitos são os debates acerca da relação entre esses dois princípios, se são uma dimensão do outro, ou se um deriva do outro. Alguns sustentam que são princípios autônomos.

Pela tese da complementaridade, o princípio da livre iniciativa seria valor fundante da livre concorrência. Já os que se pautam pela tensão entre os princípios, a tutela da livre concorrência é princípio autônomo na formulação de políticas públicas instrumentalizadas pelo controle do exercício abusivo do poder econômico.¹⁵

Historicamente, a livre iniciativa, a partir da consolidação do liberalismo econômico, passou a ser tutelada pela liberdade contratual como um valor absoluto (o que pôde ser traduzido na lembrada frase “*laissez faire, laissez passer*”). A liberdade econômica pregava o direito de o cidadão (aqueles que assim poderiam ser considerados) exercer a iniciativa econômica de forma autônoma, sem qualquer intervenção estatal.¹⁶ Portanto, a livre iniciativa comporta um direito à abstenção do Estado perante o indivíduo, um não-fazer.

Pode-se, portanto, conceituar direito à livre iniciativa como direito à criação de empresa (direito de empreender) e à sua gestão de forma autônoma. Eros Grau¹⁷ entende que a livre iniciativa, por decorrer da liberdade humana, e não do direito de propriedade, não pode ser reduzida à ideia de liberdade econômica ou de iniciativa econômica, pois expressa desdobramento da liberdade.

Essa citada forma de empreender compreende:

¹⁵ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p. 331.

¹⁶ *Idem. Ibidem.* p. 332

¹⁷ GRAU, Eros R. A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 237-8.

- (a) liberdade de investimento ou de acesso, se traduzindo no direito de escolha da atividade econômica a desenvolver;
- (b) a liberdade de exercício e de organização da empresa, a liberdade de determinar como será desenvolvida a atividade, incluindo forma, qualidade, quantidade e o preço dos produtos e serviços;
- (c) liberdade de contratação ou liberdade negocial;
- (d) liberdade para concorrer, ou seja, o direito ao exercício da atividade econômica em um sistema de livre concorrência, sem que o poder público ou poder econômico privado venham impor obstáculos e impedimentos.¹⁸

Modernamente, no entanto, a livre iniciativa não pode ser entendida apenas como uma faculdade privada do indivíduo, mas como um direito-função, um poder-dever que se exerce orientado por sua função social. Para Fabio Konder Comparato,¹⁹ função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular.

A liberdade para criar, desenvolver e explorar uma atividade econômica não pode ser admitida de forma absoluta, mas em função de seu valor social, de forma a assegurar a todos a existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, conforme preleciona o art. 170, *caput*, da Constituição de 1988.

Para Calixto Salomão,²⁰ o princípio inserto no *caput* do art. 170 é clausula geral, cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa como uma liberdade social e passível de ser limitada.

¹⁸ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p. 335.

¹⁹ PROENÇA, José Marcelo Martins. Concentração empresarial e direito da concorrência, p. 56.

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos), p. 229-30.

Dentro do aspecto da função social, a livre iniciativa corresponde à inserção, no seu conceito, do direito à liberdade para o trabalho.

Anota Eros Grau:

É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Junior – em uma sociedade livre e pluralista. (...) Assim, a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.²¹

Portanto, reportando-se à noção anteriormente trazida pelo liberalismo econômico, a livre iniciativa não deve ser entendida apenas como abstenção do Estado perante o particular. Necessária é a intervenção estatal sob várias circunstâncias a fim de se tutelar a livre iniciativa, por exemplo, quando o Estado coíbe práticas de exercício abusivo do poder econômico que venham a prejudicar, por exemplo, a livre iniciativa a ser exercida por particulares concorrentes.

Paula Forgioni,²² em sua obra, também explicita a necessidade de relativização da liberdade econômica como princípio:

As leis antitruste exprimem a concepção de que a liberdade econômica não é um princípio absoluto, em nome do qual se possam admitir os próprios atos que excluem tal liberdade, mas é um regime social e econômico a se defender mesmo contra a liberdade individual, se esta o ameaçar.

Por fim, em resumo, a livre iniciativa deve ser contextualizada dentro de sua função social e poderá, caso a caso, ser tutelada pelas normas antitruste, por meio do controle do exercício abusivo à livre iniciativa de terceiro.

²¹ GRAU, Eros R. A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 241

²² FORGIONI, A. Paula. Os fundamentos do antitruste, p. 229.

1.2. O princípio da livre concorrência

Muitos autores preferem o uso de direito antitruste ao direito da concorrência. Isso porque, o direito antitruste seria mais amplo, pois traria a ideia de que a finalidade das regras que o comportam não seria apenas garantir a concorrência e proteger os bens relacionados na órbita econômica. As normas jurídicas que cuidam do controle do exercício abusivo do poder econômico também tem como objeto os bens jurídicos a serem tutelados numa esfera social e política.

De toda maneira, não é nosso intuito promover tal diferenciação, embora pareça bem apropriada. Trataremos de direito da concorrência e direito antitruste como sinônimos, uma vez que os tribunais também não parecem escolher apenas uma ou outra expressão.

A aplicação das normas antitruste se baseia em teorias econômicas que tentam explicar e prever o funcionamento dos mercados a partir de sua estrutura, ou seja, a partir de seus processos de produção, como se dá a estrutura de oferta e demanda, distribuição, etc., os fatores, portanto, que influem no processo da concorrência.²³

Importante destacar que, ainda que a Lei 8884/94, tenha sido praticamente inteiramente revogada, a nova lei, Lei 12529/2011, que trata do direito antitruste ainda manteve regras de proibição às condutas de controle das estruturas de mercado e trata, pela análise da ilicitude das condutas pelo seu efeito, seja ele potencial ou efetivo. A Lei descreve amplamente diversas práticas anticoncorrenciais de maneira exemplificativa, o que não exclui a aplicação das sanções previstas nela a outras condutas que se verifiquem lesivas pelos efeitos causados. Tanto é que a Lei define como infração à ordem

²³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD. Carlos Ari. (coord.). Direito Administrativo econômico. p. 163.

econômica condutas abertas e se refere ainda a termos como “qualquer forma prejudicar”, o que demonstra a inclinação para a análise do caso concreto através dos efeitos que as condutas gerarem.

Lei 12529/2011. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

O direito da concorrência, conforme se observa no que se explicitou na citada lei, se pauta pelos mecanismos de um sistema de controle e de correção dos desvios funcionais do mercado (as falhas de mercado). No entanto, entender o direito da concorrência como mera ferramenta de controle

esvazia seu sentido mais completo e atualizado, pois que funciona como um verdadeiro instrumento de implementação de políticas públicas.²⁴

Tal como assinala Luis Cabral de Moncada:

Torna-se necessário para além disso organizar normativamente um regime de concorrência através do estabelecimento e defesa de um conjunto de normas de política económica visando certos objetivos tais como um alto volume de emprego, uma ampla capacidade produtiva, uma relativa estabilidade monetária, etc... considerados só alcançáveis no quadro institucional de um mercado aberto na maior medida possível a todos os agentes económicos e consumidores.²⁵

O direito antitruste possui, dessa maneira, escopos económicos, escopos sociais (nível de emprego, por exemplo) e políticos (tutela da soberania nacional e das instituições democráticas), que, além de demonstrarem ser a análise funcional o objeto principal do direito antitruste, influenciam na aplicação e eficácia de suas normas.²⁶

Nessa esteira, Calixto Salomão Filho propõe uma indagação sobre o antitruste e a regulação concorrencial. Seria uma garantia sistêmica/institucional – isto é, teria uma conformação básica necessária – ou, seria apenas um instrumento de política económica?

O antitruste e a regulação como instrumentos desenvolvimentistas necessariamente não podem constituir em entrave para o desenvolvimento nacional. Devem, ao contrário, incentivá-lo. Por outro lado, uma vez entendidos como forma de garantia sistêmica, a regulação e o antitruste servem para equilibrar as relações entre agentes

²⁴ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem económica constitucional e direito antitruste, p. 66.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem. Ibidem*, p. 67.

econômicos, e entre eles e os consumidores, impedindo que uns adquiram poder e deles abusem sobre os outros. Trata-se, portanto, de um instrumento de reequilíbrio das relações econômicas.²⁷

Pode-se sugerir, portanto, uma conclusão de que as aplicações do antitruste e da regulação podem variar conforme as situações conjunturais econômicas e políticas em cada época e em cada caso.

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos), p. 135.

1.2.1. Concorrência praticável

A tutela da livre concorrência está representada dentro do escopo econômico, juntamente com a tutela da livre iniciativa, da eficiência econômica, do consumidor e a proteção às empresas de pequeno porte.

O princípio da livre concorrência, protegido constitucionalmente no art. 170, traz em si uma aparente incongruência com o que quer significar e a realidade econômica que se objetiva conformar. O termo “livre” traz a impressão que a situação buscada pela norma só se verificaria num ambiente de concorrência perfeita.²⁸ A reflexão suscita ainda outra dúvida: o art. 170, IV, autorizaria o Estado a implementar políticas públicas com o objetivo de minar os grande conglomerados, desconcentrando compulsoriamente os grande agentes econômicos?

Para sanar tal impasse inicial, deve-se ter em mente que o poder econômico não existe num mercado estruturado sob concorrência perfeita, sua presença está associada a algum tipo de imperfeição concorrencial.²⁹

Por outro lado, a observância do disposto no § 4º do art. 173 da CF de 1988 deixa a entender que o poder econômico, em si considerado, seja lícito.

Da conjunção dos dados enunciados, sobre a contradição verificada, tem-se que a interpretação do princípio da livre concorrência não leva à conclusão de que a manifestação de poder econômico deva ser eliminada da realidade econômica, pois não se pode concluir que o poder constituinte

²⁸ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p.132.

²⁹ *Idem. Ibidem*, p. 133.

originário tenha determinado que a realidade econômica fosse conformada num padrão de concorrência perfeita.³⁰

No entendimento de Ernest Gellhorn e William Kovacic:

As normas antitruste são um reconhecimento legislativo de que os mercados não são competitivos. O direito antitruste busca assegurar que a distância entre o ideal de livre concorrência e a realidade de algumas estruturas de regime privado não cresça de forma preocupante.³¹

Assim, fala-se em concorrência praticável, uma vez que não se pode entender pela eliminação total de qualquer imperfeição da concorrência, embora também não haja consenso sobre o que seja concorrência praticável, um conceito que se constrói historicamente e caso a caso.

³⁰ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p. 133.

³¹ *Idem. Ibidem*, p. 133.

1.2.2. Direito da concorrência e a proteção ao consumidor

Entendendo o direito antitruste a partir de um alargamento de significado, como já dito, que vai além da proteção da concorrência, nesse papel tem importância central a proteção ao consumidor.

Aqui ainda nos interessa a abordagem da questão do direito antitruste e a relação com o direito e a proteção ao consumidor pelo viés do acesso aos medicamentos no Brasil.

Quando se alarga o entendimento sobre o direito antitruste, é necessário reparar que, além da proteção da concorrência, suas normas tem ligação direta com a proteção do consumidor. Isso fica claro, por exemplo, quando se visa a assegurar a qualidade dos produtos oferecidos e a razoabilidade dos preços praticados.

Por exemplo, ao se analisar o que se quer dizer por repressão ao abuso de poder econômico, deve se ter em mente a ideia de atendimento das necessidades básicas da população e não apenas o acesso livre dos detentores de capital a um mercado livre e eficiente.³²

Luís Cabral de Moncada também enfoca a questão da importância da proteção do consumidor, mas dentro do escopo político, e não, econômico:

Mas não é só por razões econômicas que se defende a concorrência. É também por razões de ordem política, pretendendo-se impedir e combater concentrações excessivas de poder econômico privado ou público, no pressuposto de que o resultado respectivo ou seja, o dirigismo econômico é susceptível de por em causa a

³² GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p. 209.

transparência do funcionamento do mercado e o controle pelo público consumidor por ele potenciado do andamento dos preços e quantidades dos bens e serviços bem como a autenticidade das necessidades, numa palavra, a soberania do consumidor.³³

Percebe-se que historicamente a expressão “economia popular” no direito pátrio já demonstrava a preocupação com a defesa do consumidor

Diante da interface que se observa entre a proteção ao consumidor e ao direito antitruste, cabe uma formulação: haveria norma antitruste endereçada diretamente à tutela do consumidor, e não, da concorrência? Carlos Jacques³⁴ aponta três dimensões para responder ao questionamento.

Em primeiro lugar, tem-se como verificação dessa ocorrência a previsão, trazida no art. 54, § 1º, II, da Lei 8884/94, de que as eficiências econômicas sejam equitativamente distribuídas com os consumidores. Significa dizer, em linhas gerais, que os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais de outro. Para Calixto Salomão Filho,³⁵ o efeito redistributivo absorve o conceito de eficiência econômica, pois esta só se perfaz se houver uma eficiência distributiva.

a eficiência só se dá quando restar provado que a renda dos consumidores não será apropriada pelas empresas participantes da concentração econômica. Esse enfoque é conhecido como *teste dos efeitos sobre a concorrência* – exige que as eficiências geradas sejam significativas, a fim de que se possa presumir que o aumento da quantidade ou qualidade não

³³GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p. 208.

³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos), p. 206 e SS.

³⁵ GOMES, Carlos Jacques V. Ordem econômica constitucional e direito antitruste, p. 207.

implicará qualquer aumento de preço. Do contrário, verificado que as eficiências comprovadas irão ocasionar aumento no nível de preços, não poderão ser aceitas como argumento à aprovação da fusão ou aquisição.³⁶

Uma segunda dimensão se daria em relação ao controle de preços excessivos e lucros arbitrários, que pode ser realizado tanto preventivamente quanto repressivamente (administrativa e judicialmente, art. 173, § 4º c/c Lei n. 8884/94, art. 20, III e art. 21, XXIV). Tal observação de que o controle de preços tem fundamento exclusivo na proteção consumidor nasce a partir do seguinte raciocínio: o aumento de preços constitui, a princípio, comportamento considerado pró-competitivo, pois aumenta as margens de lucro dos produtores, e, com isso, são atraídos novos concorrentes. Assim, a repressão ao lucro arbitrário não se funda na tutela da livre concorrência, mas no princípio da defesa do consumidor.

E, por fim, nas demais práticas coibidas pelo direito antitruste, em que se percebe a proteção única e exclusivamente ao consumidor, a exemplo da redução do horário do comércio.

Assim, pode-se afirmar que o direito antitruste tem como escopo a proteção indireta do consumidor, quando atua a favor da livre iniciativa, da concorrência efetiva, da eficiência econômica, mas, também, tem por objetivo a proteção direta, como elucidado nos casos acima, quando trabalha em prol da eficiência econômica e da concorrência efetiva, quando atua no controle (preventivo ou repressivo) do exercício abusivo da atividade econômica etc.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 206.

2. ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Cabe tecer algumas ponderações acerca dos direitos previstos na Ordem Social da Constituição Federal de 1988, uma vez que se coloca em análise a contraposição de direitos e princípios que, *a priori*, estariam sobrepostos uns em relação aos outros. Haveria uma prevalência de princípios da Ordem Social sobre os da Ordem Econômica?

Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São direitos fundamentais do homem num modelo de Estado que tende a ser social, dando prevalência de interesses coletivos sobre os individuais.³⁷

Desse modo, espera-se um agir do Estado na promoção desses direitos. O mesmo, através de leis, atos administrativos e até pela criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar as políticas sociais (de saúde, educação, previdência, trabalho, habitação etc.), que possibilitem o gozo desses direitos protegidos constitucionalmente.³⁸

As normas programáticas sobre direitos sociais definem metas e finalidades para que o legislador ordinário promova a sua concretização adequada. Essas “normas-programa” prescrevem a realização por parte do Estado de determinados fins e tarefas. Elas não perfazem mera recomendação ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável.³⁹

³⁷ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 115.

³⁸ *Idem. Ibidem*, p. 115.

³⁹ DANTAS, Bruno et ali (org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois – o Estado e a economia

2.1. Direito à saúde

O direito à saúde é resguardado no art. 196 da CF.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Os paradigmas trazidos pela Constituição de 1988 para o trato da saúde no Brasil incluem um novo conceito de saúde e de construção institucional quanto ao acesso para o gozo desse direito.

(...) para que o novo modelo jurídico para a saúde viesse a se delinear no Brasil, foi preciso retomar a visão democrática da saúde, que não se encaixa na mera ausência de doença, mas sim no bem-estar físico, mental e social (...)⁴⁰

A saúde passa a ter dimensão ampliada, considerando-se as influências sociais existentes no processo saúde/doença, superando-se o paradigma do trato à saúde a partir das enfermidades, expandindo a atuação quanto as funções inerentes à promoção, prevenção e reabilitação, trazendo o paciente para dentro do processo, como sujeito ativo. Ademais, a saúde assume a condição de função pública, reafirmando as prerrogativas e deveres do poder público de regulação, fiscalização e controle.⁴¹

A dimensão institucionalizada da proteção e promoção ao direito à saúde pode ser elucidada com o próprio *caput* do art. 4, da lei n. 8080/90, a lei do SUS:

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde,

⁴⁰ FORGIONI, A. Paula. Os fundamentos do antitruste, p. 264.

⁴¹ *Idem, ibidem.*, p. 265.

prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS.

Um dos aspectos trazidos dentro de um novo conceito do direito à saúde pode ser traduzida pela política de medicamentos que inclui a comercialização de medicamentos genéricos no Brasil.

A Declaração de Montreal Sobre Direitos Humanos a Medicamentos Essenciais, de 2005, assertou que cerca de dois bilhões de pessoas não tem acesso a medicamentos fundamentais, e que cerca de 40 mil morrem diariamente, como resultado disso, na sua maioria, crianças até cinco anos de idade.⁴² De acordo com o Conselho Nacional de Secretaria de Saúde – Conass, 50% dos pacientes que deixam de tomar medicamentos interrompem o tratamento por absoluta falta de recursos.

A partir desses dados, pode-se observar a importância do acesso a medicamentos como aspecto fundamental da garantia do direito à saúde.

Aqui, parte-se de apenas um dos aspectos sobre acesso a medicamentos, a partir de uma abordagem das lei dos genéricos e sua relação com a proteção à concorrência. Ainda que seja uma análise fracionada da questão do acesso a medicamentos como alcance do direito à saúde, a partir da lei dos genéricos, tem-se que ela contribuiu bastante para a efetividade desse direito.

Claro é que a questão do direito à saúde e do acesso a medicamentos pela população envolve uma análise bem mais profunda, que considere a atuação do SUS e como ela tem se dado quanto à implementação

⁴² Disponível em <http://www.accessmeds.org/Declaracao.html>

das políticas públicas de saúde, a própria questão da judicialização, com os pleitos que interferem e pressionam essas políticas, além de outros fatores. Fato é que o direito da concorrência e análise dos mercados sempre esteve ligado ao mercado de medicamentos, que, historicamente, é participado por grandes grupos, monopólios, oligopólios e sempre exigiram acuidade na regulação e proteção desses mercados (após a edição da lei dos genéricos, novas abordagens precisaram ser traçadas, pois a situação dos genéricos alterou as relações entre os produtores entre si e entre estes e os consumidores)

A patente é um privilégio temporário concedido pelo Estado ao seu titular, que outorga, através de lei, a exclusividade na exploração da matéria protegida. É considerada patenteável a invenção considerada nova, industrializável e ter atividade inventiva, não ser considerada óbvia por um técnico no assunto. Depois do período estipulado, a invenção entra para o domínio público e terceiros podem explorá-la.

Depois que a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9279/96) foi promulgada, as invenções farmacêuticas tornaram-se propriedade exclusiva dos detentores das patentes, geralmente, grandes laboratórios internacionais. Tal situação se fazia como grande entrave, principalmente aos países em desenvolvimento, ao acesso ao direito à saúde, por conta da criação dos monopólios e oligopólios de bens e produtos de saúde, com presença de altos preços.

A Lei de patentes obedeceu todos os padrões mínimos estabelecidos no Acordo TRIPS, Acordo sobre Propriedade Intelectual (Em inglês, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), incorporando-os na legislação nacional, como se comprometera o Brasil, com a assinatura do Acordo. (p.4338) No entanto, em que pesem benefícios apontados por alguns, a verdade é que o Acordo e sua incorporação na legislação brasileira trouxe muitos prejuízos à sociedade, quanto à questão do acesso aos medicamentos.

Segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA,⁴³ medicamento genérico é aquele que contém o mesmo princípio ativo, na mesma dose e forma farmacêutica, e é administrado pela mesma via e com idêntica indicação terapêutica do medicamento de referência no país, apresentando a mesma segurança deste, podendo este ser intercambiável.⁴⁴

Para comprovar a qualidade do produto, o Ministério da Saúde, através da ANVISA, avalia os testes de bioequivalência⁴⁵ entre o genérico e o seu medicamento de referência de referência.

Há nítida relação entre a proteção do direito do consumidor e o direito à saúde com a através da promoção dos medicamentos genéricos. O direito do consumidor em relação aos medicamentos genéricos se relaciona não só com o direito conhecer e ter real acesso a esses novos produtos, mas, também, quanto à garantia de qualidade e de preço mais acessível. Reforça ainda mais a necessidade de se assegurar que o direito à saúde esteja à mercê de um mercado excludente. Busca-se resguardar o direito a um mercado de medicamentos competitivo, com preços acessíveis e qualidade assegurados.

A exemplo do real acesso aos medicamentos genéricos tem-se que a Lei no 9.787, de 1999, obriga os serviços públicos de saúde, sob responsabilidade federal, estadual ou municipal, a comprar, para sua utilização, medicamentos genéricos, se estes tiverem um preço igual ou inferior ao daqueles de marca.

Tem-se, como se vê, uma nova interpretação do direito à saúde, como trazida pelo *caput* do art. 196 da CF/88, e reforçada pela política de

⁴³ (<http://www.anvisa.gov.br/hostsite/genericos/faq/cidado.htm>)

⁴⁴ Segundo Recomendação da Organização Mundial da Saúde, o genérico também é denominado “produto farmacêutico intercambiável”. (p. 4340)

⁴⁵ Bioequivalência é um estudo comparativo entre as biodisponibilidades do medicamento de referência e do genérico correspondente. Se não houver diferença entre a velocidade e extensão de absorção dos dois medicamentos, isto quer dizer que eles são intercambiáveis. In: <http://www.anvisa.gov.br/hostsite/genericos/faq/cidado.htm>

medicamentos, como um dos direitos fundamentais da Ordem Social, que exige do Estado prestações materiais. Observa-se, portanto, que a própria edição da chamada Lei dos medicamentos genéricos significou a materialização, a concretização de um direito trazido como norma programática pela Constituição.

3. PRINCÍPIOS NAS RESOLUÇÕES DOS *HARD CASES*

A partir de uma crítica ao positivismo, Dworkin desenvolve um método para apontar decisões corretas através de averiguação racional orientada por princípios.⁴⁶ No trabalho de adequação da norma às situações concretas, Dworkin vê nos juízes agentes *reconstrutores* do direito. Reconstrução, nesse sentido, não só como uma referência a uma possível crise do Direito, mas, também, e mais especificamente, como método que diferencia o momento da construção, de criação concernente ao papel do legislador.⁴⁷ Assim, o juiz precisaria, em linhas gerais, cumprir dois pressupostos básicos: conhecer os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação e ter uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos.⁴⁸ Essas prerrogativas devem dar conta da tarefa de sopesar princípios, analisando e variando sua hierarquia, para, criticamente, corrigir possíveis erros trazidos nos espectros normativos do direito positivo.⁴⁹

Qualquer estudo preliminar sobre normas, regras e princípios mostrará uma realidade já assentada de que não há, *a priori*, princípio que prevaleça sobre outro, mas sim, sobreposições verificadas.

As teorias positivistas buscaram estabilizar expectativas sem recorrer a tradições éticas para tratar sobre a legitimidade de normas jurídicas. Seus grandes expoentes, como Kelsen e Hart, buscaram conceber o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras independente da

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. v. I, p. 264.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 263.

⁴⁹ Niklas Luhmann também critica decisões calcadas puramente sobre normas positivadas: “As dificuldades em que tropeça um positivismo jurídico, que se funda a si próprio, como teoria, tornam-se, entretanto, evidentes”. In: *Legitimação pelo procedimento*. p. 18.

política e da moral. O direito acaba reduzido a uma certa história institucional, com abstração de qualquer princípio suprapositivo.⁵⁰

Para o positivismo, o problema da legitimidade e das fontes de direito se resolve a partir das regras de reconhecimento, ou seja, regras autorreferentes do ordenamento jurídico que estipulam o que sejam ou não regras. Dessa forma, a legitimidade se justifica apenas na procedência das regras, e não, à racionalidade de seu conteúdo.⁵¹ Assim, a fundamentação das normas jurídicas é puramente procedimental, ou seja, refere-se unicamente à sua gênese, deixando a questão sobre o conteúdo das normas para outras áreas do conhecimento: moral, política, sociologia etc.

A noção de ordenamento jurídico como sistema de regras, endossada por Kelsen e Hart e seus colaboradores, implica no reconhecimento de seu caráter impreciso, indeterminado, uma vez que a norma posta não consegue abarcar todas as situações e bens da vida. Admitindo-se, portanto, a estrutura aberta da linguagem, a pretensão de regularem-se todas as possíveis condutas por meio de regras abstratas se mostra inviável, cabendo ao sistema lidar com a indeterminação.

Dworkin, na crítica ao positivismo aponta que o único caminho, a única resposta correta é alcançada através do trabalho dos juízes, a quem cabe decidir quais direitos aplicar nos casos concretos. E mesmo nos chamados *hard cases*, onde não há uma regra preestabelecida capaz de resolver um caso, um conflito, uma das partes deve ter sua pretensão assegurada.

E é apenas através de um argumento de princípio que se pode dizer que o juiz estabeleça um método para o enfrentamento desses casos. Ou seja, não há um método fechado, não é uma análise meramente

⁵⁰ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, p. 250.

⁵¹ *Idem, ibidem.* p. 251.

procedimental, mas que nasce pelo enfrentamento e sopesamento dos princípios que se apresentem nos casos concretos.

Nos casos em que nos pareça inequívoca a atribuição de um direito a um requerente por meio da clareza de uma norma expressão – ou melhor, em que (ainda) não se sustentem argumentos em contrário em face dos dispositivos normativos invocados – fica claro que o que se exige é a prevalência de um argumento de princípio, mesmo que o direito em questão, previsto na norma, tenha se originado de argumentos de política, como, por exemplo, no caso de um subsídio fiscal criado com o objetivo de promover o crescimento de um setor específico da economia.⁵²

Assim o é, pois Dworkin não exclui a valoração de outras áreas do conhecimento como fontes do sistema jurídico, ao contrário, pois o direito não se reduz à simples textualidade legal, em termos de uma gênese puramente formal, como em Kelsen e Hart. A diferenciação entre direito, moral e política ainda subsiste, mas isso se torna possível justamente pela tradução dos princípios morais e dos objetivos políticos na linguagem jurídica, internalizando e ressignificando seus conteúdos dentro do direito positivo.⁵³

A exigência de se buscar a única decisão correta autorizada pelo ordenamento se opera não enquanto mandamento inscrito a priori nas normas gerais e abstratas, mas como postura, orientação a ser admitida pelo aplicador do direito diante das questões aparentemente não tratadas pelo ordenamento, apresentadas nos *hard cases*.

⁵² NETTO, Menelick de Carvalho e SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. p. 56.

⁵³ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, p. 257.

4. DIREITO DA CONCORRÊNCIA E ACESSO À SAÚDE: UM CASO CONCRETO

No intuito de ilustrar uma situação de enfrentamento de um conflito de princípios, recorreremos ao caso concreto que trazemos abaixo. Em verdade, o presente trabalho nasceu da observação do mesmo caso, chamando, assim, atenção para as questões teóricas envolvidas quando se trata de um embate entre conflitos. No caso, estão envolvidos, preponderantemente, princípios da ordem econômica e princípios da ordem social, mais especificamente o direito à saúde através do acesso a medicamentos.

4.1 Breve relato da demanda

A partir de uma notícia no *site* do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tomou-se ciência do processo n. 200983000096742, oriundo da 5ª. Vara Federal de Pernambuco.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Pernambuco (SINCOFARMA/PE) contra empresas que estariam vendendo remédios abaixo do preço de custo.

Além do interesse sobre o direito econômico que a demanda suscitou, a questão envolvendo comércio de medicamentos detém um certo apelo social, uma vez que aborda o acesso da população, e, geralmente, a mais carente, a itens de extrema necessidade.

A ação civil pública ajuizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Pernambuco (SINCOFARMA/PE), teve início na 6ª Vara Cível da Comarca do Recife. O Sindicato acusava as empresas Empreendimentos Pague Menos S.S, Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda. e Nex Ladim Comércio Ltda. de venderem remédios não genéricos com descontos maiores de 15% e genéricos a preços 30% mais baixos que os de mercado, gerando a eliminação da concorrência. A sentença no caso foi julgada improcedente.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica requereu sua intervenção na condição de terceiro interessado na ação civil pública, o que foi indeferido. Assim, contra esta decisão interpôs agravo de instrumento, assim como as demais empresas réis.

Na ação originária, ajuizada inicialmente na Justiça do Estado de Pernambuco (6ª Vara Cível da Comarca do Recife), foi deferida liminar, determinando-se que as empresas réis (grandes redes de farmácias com atuação na Região Metropolitana do Recife) se abstivessem da prática de descontos ao consumidor final acima de 15% (quinze por cento) sobre o preço máximo fixado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, para todos os produtos farmacêuticos que não sejam classificados como genéricos e similares, bem como acima de 30% (trinta por cento) para os remédios classificados como genéricos e similares.

Em suas razões recursais, o CADE defendeu que a sua pretensão de intervenção anômala no feito, na qualidade de assistente, encontra respaldo no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 e no art. 89 da Lei nº 8.884/94. Defendeu, também, o seu poder-dever decorrente dos citados comandos legais de intervir nos processos sempre que vislumbrar neles algum prejuízo à livre concorrência, na condição de guardião de interesse coletivo. Sustentou a imediata suspensão dos efeitos da liminar como forma de se restabelecer a livre concorrência no mercado do Recife, afirmando que a decisão representa a formação de "cartel judicial".

Processualmente, entendeu-se que era cabível agravo de instrumento, pois demonstrado que a decisão era suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

O Tribunal entendeu que, no caso, o perigo da demora residia exatamente na possibilidade de a devolução dos autos à Justiça Comum Estadual atrasar mais ainda o processo, que já se encontra em trâmite desde 2007. A demora no julgamento do feito traria, pois, instabilidade ao ambiente empresarial na Região Metropolitana do Recife, interferindo diretamente nos inúmeros negócios realizados por todos os estabelecimentos do ramo de venda

de medicamentos, impondo também ao consumidor os prejuízos advindos da falta de uma decisão final acerca da questão.

Quanto à relevância da fundamentação, foi lembrado que o Tribunal já decidira que a intervenção de terceiro reclama a presença de interesse jurídico, entendido este como a existência de relação jurídica entre o interveniente e qualquer das partes. (TRF5. Terceira Turma. AGTR 421923/CE. Rel. Des. Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA. Julg. 27/03/2008. Publ. DJ 24/07/2008). No entanto, também fundamentou ser absolutamente plausível a alegação do CADE de que o seu interesse para intervir no processo decorre da lei, tendo em vista que a ação civil pública manejada pelo sindicato-autor teve por finalidade a suspensão dos descontos concedidos pelas grandes redes de farmácias instaladas na Região Metropolitana do Recife, sob o fundamento de que a sua atuação empresarial estaria atentando contra a livre iniciativa, praticando preços predatórios.

A Lei nº 8.884/94 é expressa ao garantir que "nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da Lei 8.884/97, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente." O Conselho foi intimado e expressou o seu interesse em atuar no feito, tendo em vista as supostas consequências danosas à livre concorrência que uma eventual sentença favorável ao autor poderia causar.

Citou-se, então, decisão do STJ, no mesmo sentido: "a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica é de assistência." (STJ. Primeira Turma. REsp 737073/RS. Rel. Min. LUIZ FUX. Publ. DJ 13/02/2006).

Em suma, o pedido do CADE e das demais rés, em sede de agravo de instrumento, para suspender a liminar que vedava a sua intervenção no processo, foi deferido, considerando-se que sua intervenção na condição de assistente encontra respaldo na lei, com manutenção do processo na Justiça Federal, com base no art. 109, I, da CF. Em consequência, o SINCOFARMA recorreu, através da agravo de instrumento, dessa decisão.

O Sindicato, em suas razões recursais, além de voltar a

alegar que as empresas réus praticavam preços predatórios, a fim de eliminar a concorrência, mediante a proposta de preços em valor aquém dos próprios custos operacionais envolvidos na comercialização de gêneros farmacêuticos, defendeu que o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo poderia causar às pequenas farmácias de Pernambuco prejuízos irreparáveis, por se encontrarem impossibilitadas de competir com os preços que seriam artificialmente praticados pelas réus, grandes empresas do ramo.

Para o Tribunal, o Sindicato não teria demonstrado a presença do requisito do perigo da demora, ou seja, do risco de dano irreparável ou de difícil reparação a ser sofrido pelas empresas substituídas pelo agravante, alegando que, ao lado dos seus supostos prejuízos comerciais, os consumidores também estariam à mercê de empresas que poderiam monopolizar o comércio de medicamentos, impondo preços e condições, quando encerrada a concorrência.

Entendeu-se que as alegações foram desprovidas de comprovação imediata, seja porque a própria concorrência desleal já fora reconhecida com inexistente pelo Juízo na sentença, seja porque o eventual prejuízo a ser sofrido pelos consumidores não seria imediato. Pelo contrário, ao menos de início, somente se identifica vantagem para o consumidor final, que poderá adquirir medicamentos com descontos significativos.

Assim, nesses termos, o pedido foi indeferido, com confirmação da sentença de primeiro grau.

O Conselho entendeu que não haveria problema em fornecer os descontos e a sentença da Justiça Pernambucana afirmou que não basta vender mercadoria abaixo do preço de custo para se cometer infração. Só haveria prática de preço predatório se, após a eliminação da concorrência, o agente econômico reajustasse os preços. Além disso, a política de descontos dos réus foi adotada por, pelo menos, outras 31 farmácias de Recife.

Em resumo, a Justiça Federal de Pernambuco seguiu a decisão do CADE sobre a legalidade dos descontos oferecidos por farmácias do Estado (EMPREENHIMENTOS PAGUE MENOS S.S, BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESE LTDA E NEX LADIM COMÉRCIO LTDA). No julgamento do caso, entendeu-se que não houve a prática de preço predatório ou outra infração à ordem econômica.

4.2. A análise dos princípios constitucionais

Verificou-se que foram suscitados, pela parte autora, que a atuação das empresas réis feria o princípio constitucional da livre concorrência, por estarem praticando preços abaixo do valor de custo. Assim, foi alegado que tal iniciativa provocaria concorrência desleal, podendo causar danos aos pequenos empresários, o que seria, de maneira extensiva, a aplicação da proteção do inciso IX do art. 170.

Também foi alegado pela parte autora que teria havido violação do princípio da livre iniciativa.

Ocorre que tais incidências não foram verificadas, porque, nas decisões, considerou-se que haveria mais benefícios em se conceder tais descontos à coletividade, do que prejuízos, prevalecendo, também, o que poderia se entender, nesse caso, a defesa do consumidor.

Assim, além de se garantir um maior acesso aos medicamentos, e, por conseguinte, ao direito à saúde. Não apenas isso, ao se analisar a situação pelo prisma da defesa do consumidor, tem-se que o conflito pôde ter sido analisado dentro da ótica dos princípios da própria ordem econômica entre si, não só, entre estes e os da ordem social.

CONCLUSÃO

Existe um dizer quase unânime e bem arraigado de que haveria um conflito pré-existente entre os princípios sociais e os pertencentes à Ordem econômica previstos pela Constituição.

No entanto, é necessário se ponderar, primeiro, que não é verdade, como se explicitou, que os princípios da Ordem econômica estejam apartados de um programa de realização de direitos sociais.

Segundo, porque a questão dos conflitos entre princípios constitucionais deve ser analisada sempre num caso concreto, pois não existem conflitos preexistentes.

No campo dos princípios, não há uma prevalência de uns sobre outros *a priori*, ao contrário das regras, que são ou não válidas. Os princípios são verificados, uns em relação aos outros, nos casos concretos. Também nesse viés, não há que se dizer que haja uma prevalência de princípios de ordem social sobre os de ordem econômica na Constituição de 1988, pois que os princípios estão numa mesma posição de equivalência, justamente por serem princípios. No entanto, como se observa, nos casos concretos, pode ser que princípios da ordem econômica sejam preteridos em relação a outros.

No caso concreto trazido para ilustrar a questão do conflito entre princípios, observou-se que o conflito que se instaurou não era necessariamente entre princípios da ordem econômica e da ordem social, apesar de serem observadas algumas nuances de ambos. Mesmo que a proteção ao consumidor se encontre dentro do título da ordem econômica, é assunto que pertence também à ordem social, pois orienta a proteção da parte hipossuficiente frente ao mercado.

Essa colocação é importante na medida em que, no caso do Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 veio significar a positivação, em um nível constitucional, do desenho de uma política econômica que pudesse representar o resumo de uma agenda neoliberal. Por outro lado, por conta de tantas demandas reprimidas, a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, veio sedimentar, de maneira programática, uma ampla carta de garantias e direitos sociais a serem efetivados.

Na interpretação de uma contradição existente entre essas duas realidades, busca-se mesclar o desenho de uma economia liberal de mercado com traços de apelo social. Assim, tem-se interpretado, por exemplo, que a livre iniciativa, como um dos desdobramentos do próprio princípio da liberdade, tem um valor social, uma vez que é um modo de expressão do trabalho – da valorização do trabalho, do trabalho livre. Esses entendimentos se perfazem numa pauta interpretativa a ser utilizada nos casos concretos, em que princípios serão confrontados.

Desse modo, percebe-se não há que se falar em conflito *a priori* entre princípios da ordem econômica e da ordem social, mesmo que as situações sugiram um conflito preexistente. Como qualquer conflito entre princípios que se observe, deve ser analisado, nos *hard cases*, caso a caso, sopesando-se uns sobre os outros, para que a decisão seja a mais adequada e justa.

BIBLIOGRAFIA

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de e SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011.

DANTAS, Bruno et ali. (org.) *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois – O Estado e economia em vinte anos de mudanças*. Brasília: Senado Federal, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva.1990.

FORGIONI, A. Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Coimbra: Almedina, 1985.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1979.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUNDFELD. Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.