



Centro Universitário de Brasília- UniCEUB

MARIA MANUELLA JEHÁ TERROSO

**O DIREITO À LIVRE CONCORRÊNCIA:
uma conquista para o mercado e para o consumidor**

Brasília

2011

MARIA MANUELLA JEHÁ TERROSO

**O DIREITO À LIVRE CONCORRÊNCIA:
uma conquista para o mercado e para o consumidor**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof^o Dr. Leonardo Roscoe Bessa

Brasília

2011

Terroso, Maria Manuella Jehá

O direito à livre concorrência : uma conquista para o mercado e para o consumidor / Maria Manuella Jehá Terroso. Brasília.

Maria Manuella Jehá Terroso, 2011.

vii, 64 f. : 29cm.

Orientador: Leonardo Roscoe Bessa

Trabalho de conclusão de curso (graduação)- UniCEUB, Faculdade de Direito,
2011.

- 1. Consumidor. 2. Relação de consumo. 3. Mercado 4. Livre Concorrência. I. Bessa, Leonardo Roscoe. II. Centro Universitário de Brasília III. Título.

MARIA MANUELLA JEHÁ TERROSO

**O DIREITO À LIVRE CONCORRÊNCIA:
uma conquista para o mercado e para o consumidor**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Brasília , de _____ de 2011.

Banca examinadora

Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa
(Orientador)

À minha amada mãe e ao meu padrasto, fontes
de minha inspiração e determinação.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa, mestre responsável pelo meu despertar para o Direito do Consumidor.

Agradeço à Prof^ª. Karla Margarida M. Santos, pelo aprendizado.

“A concorrência não é somente base de proteção para o consumidor, mas o incentivo de progresso.”

Herbert Clark Hoover

RESUMO

Monografia acerca da necessidade de uma conexão entre o Direito do Consumidor e o Direito à Livre Concorrência para que o estudo e garantia de ambos direitos sejam mais completos, a partir da análise da evolução da legislação e da jurisprudência. Para o referente objetivo, apreciam-se os conceitos de concorrência, mercado relevante, poder econômico e poder básico de escolha do consumidor, em especial. Da mesma forma, são analisados conjuntamente os dispositivos legais da Lei nº 8.078/90, como o artigo 39, X, e da Lei nº 8.884/94. Por meio do presente estudo, pode-se constatar que o Direito do Consumidor e o Direito à Livre Concorrência sofrem as conseqüências trazidas pela livre iniciativa de empresas mercantis. Assim, avaliam-se os casos de ato de concentração junto ao Conselho Administrativo de Direito Econômico- CADE, a fim de verificar a relevância que o consumidor tem para o julgamento de tais processos. Logo, evidencia-se a importância que o Direito da Livre Concorrência tem para a garantia do Direito do Consumidor, tendo em vista que o primeiro reflete diretamente no segundo.

Palavras-Chaves: Consumidor. Concorrência. Poder de escolha. Mercado relevante.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	12
1.1 Conceito	12
1.2 Referências Históricas.....	13
1.3 A Livre Concorrência sob a Égide da Lei 8.884/94.....	17
1.4 A Constituição Federal de 1988.....	19
2 O DIREITO DO CONSUMIDOR	22
2.1 A Política Nacional de Relações de Consumo	25
3 TEMAS RELEVANTES	29
3.1 A Concorrência e a Eficiência Econômica	29
3.2 O Consumidor - Rei.....	30
3.3 O poder de escolha.....	31
3.4 Mercado Relevante	32
3.5 A função social.....	33
3.5.1 A Concorrência Perfeita x Função Social (Socialização de Produtos).....	34
4 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA PERANTE A VISÃO DO CADE	37
4.1 O Primeiro Julgado Repressivo: Caso Rhodia-Sinasa.....	39
4.2 O Caso Gerda-Pains: uma fase de críticas para o Conselho	41
4.3 O Caso Kolynos- Colgate Palmolive Company.....	43
4.4 A Indústria Farmacêutica.....	45
4.4.1 O Caso Allergan - Frumtost	45
4.4.2 O medicamento genérico	47
4.4.3 O Entendimento do SUS.....	50
4.5 O caso Ambev.....	53
4.6 O caso Nestlé-Garoto.....	55
5 ANÁLISE CRÍTICA	59
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O direito à livre concorrência é norteado por temas econômicos e jurídicos, cabendo à área da Economia definir determinadas bases a serem observadas e implantadas no Direito, o qual é responsável pela regulamentação das práticas mercantis, prevenindo danos e reprimindo as práticas ilegais.

O presente estudo tem o objetivo de discorrer sobre a conexão dos temas de direito à livre concorrência e do direito dos consumidores, ambos sofreadores das conseqüências trazidas pela livre iniciativa dos agentes econômicos.

O capítulo 1 trata da história da defesa do Direito à Livre Concorrência no Brasil, esclarecendo o real significado do direito no mercado e observando sua ligação com a competitividade e rivalidade mercantis. Neste capítulo é demonstrada a evolução da legislação brasileira quanto à concorrência mercantil, ao examinar as diversas leis que ilustram a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, passando de um modelo liberal para os moldes de um Estado intervencionista e protetor.

Fala-se da criação da Lei nº 8.884 de 1994 e da competência administrativa do Conselho Administrativo do Direito Econômico - CADE para analisar atos de concentração, coibindo os que ensejarem danos ao mercado, por incidirem em concentração de poder econômico ou práticas anticoncorrenciais.

Ainda, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fonte que dá suporte a este trabalho, é avaliada como econômica e social, tratando dos direitos à livre concorrência e do consumidor de forma igualitária.

O capítulo 2 versa sobre o surgimento do Direito do Consumidor no mundo e no Brasil, apresentando a Lei nº 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor - CDC.

O CDC, complementando a Constituição de 1988, é o principal instrumento para a defesa do presente estudo, no sentido de traçar uma vinculação entre a livre concorrência e o consumidor.

O capítulo traz as conquistas obtidas pelo Direito do Consumidor no cenário nacional, em especial com a previsão da Política Nacional de Relações de Consumo, a qual trata do atendimento às necessidades do consumidor e da proteção de seus interesses econômicos em uma relação de consumo. Neste entendimento, enfatiza-se a importância do artigo 4º, VI, do CDC, o que prevê a coibição e repressão da concorrência desleal.

Ainda, demonstra-se a necessidade de uma ação governamental eficiente para atender os interesses do consumidor em uma relação de consumo.

O capítulo 3 apresenta temas relevantes para o assunto em análise: a concorrência e a eficiência econômica, o conceito de consumidor-rei, de poder de escolha, de mercado relevante e de função social.

O primeiro tópico trata da concorrência obtida pelo planejamento de eficiências produtivas e alocativas.

O segundo tópico define o conceito do consumidor-rei, explicando sobre um possível regresso da posição do consumidor na relação de consumo. Estabelece-se neste ponto a necessidade do consumidor atingir novamente o posto de “rei” no mercado.

Já o terceiro assunto explicita o poder de escolha do consumidor como direito básico estabelecido pela Lei nº 8.078 de 1990. Assim, determina-se uma forte ligação entre este poder e a existência da concorrência mercantil, sendo o primeiro consequência do legal desempenho da segunda.

O quarto tema é a definição do mercado relevante para a apreciação e julgamento de todo ato de concentração, observando também a essencialidade e substitutibilidade do produto ou serviço para o consumidor.

Por último, fala-se da função social do direito à livre concorrência, como mecanismo que deve atender à livre iniciativa e aos consumidores, trazendo para os últimos uma “socialização” e variedade de produtos e serviços.

O capítulo 4 traz seis atos de concentração que foram apreciados pelo CADE, observando em cada julgado o respeito aos direitos do consumidor. Ainda, ao final de cada caso, apresenta-se a importância trazida para a livre concorrência e para o consumidor com a respectiva decisão.

O primeiro ato de concentração examinado é o caso Rhodia-Sinasa, julgamento pioneiro do Conselho, no sentido restritivo. Este caso oferece o primeiro julgado do CADE, o qual observou o mercado relevante, o poder econômico, os consumidores e os benefícios que seriam obtidos com a operação.

O segundo caso é o ato de concentração da Gerdau-Pains, gerador de uma fase de críticas ao Conselho. O ato sofreu influências governamentais e problemas de competência. No entanto, o caso favoreceu o direito ao consumidor, no sentido de ter sido vetada a operação.

O terceiro tópico fala do caso *Kolynos- Colgate Palmolive Company*, que trata de uma apreciação do Conselho extremamente cautelosa para com os consumidores e concorrentes.

O quarto assunto é a indústria farmacêutica, apreciando-se, em especial, o caso Allergan-Frumtost, o medicamento genérico e o entendimento do Sistema Único de Saúde-SUS sobre os remédios genéricos.

O quinto tema é o caso Ambev, observando a importância do preço e a elasticidade do consumidor no mercado, além do crescimento das tubaínas, refrigerantes regionais, no mercado. Neste caso, o consumidor pôde gozar com a variedade de preços no mercado de consumo.

O sexto e último tema é o caso Nestlé-Garoto, o qual teve grande repercussão na mídia e no Direito. Trata-se de veto à análise de concentração de poder econômico, por prejudicar a concorrência e o poder de escolha do consumidor. Ocorre que a decisão foi proferida fora do prazo legalmente estabelecido, ganhando uma longa discussão diante do Poder Judiciário.

Em tais casos, pode-se notar a análise da concentração de poder econômico de cada operação, refletindo diretamente no direito à livre concorrência e no direito dos consumidores.

O capítulo 5 traz uma análise crítica sobre os casos apreciados, observando a preocupação dos conselheiros com o direito do consumidor, o que é essencial para este estudo.

1 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

1.1 Conceito

Por concorrência econômica, entende-se a disputa entre produtores ou distribuidores de bens ou serviços disponíveis no mercado, para conquistar a sociedade consumidora. Do latim “*concurrentia*”, o que significa “disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais, etc., pela oferta de mercadorias ou serviços iguais ou semelhantes”¹.

Por outro lado, concorrer também expressa a dinâmica de competir, afinal os concorrentes objetivam o mesmo fim. Logo, a livre concorrência só existe quando há uma competição, mas de caráter honesto. Nesta linha, José Fonseca define a concorrência como: “a liberdade de competir de forma correta e honesta, não se admitindo embaraços artificiais à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial.”²

Para compreender o conceito de concorrência comercial, faz-se necessário o entendimento do conceito de mercado relevante. Este pode ser determinado como o espaço composto por certo produto ou serviço e seus semelhantes.

Lúcia Helena Salgado, ao analisar a definição de mercado relevante, esta criada pela jurisprudência norte-americana, traz o tema que será abrangido no presente trabalho: a existência de uma relação intrínseca entre o poder de mercado e o consumidor. Diante disto, entende que quanto maior for o número de opções de consumo num mercado, menor será o poder de uma empresa neste. Por outro lado, quanto maior for o poder de mercado detido por

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 360.

² FONSECA, José Julio Borges. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas: 1997. p. 29.

uma empresa, menor será a opção de escolha daquele que consome, o qual também sofrerá com o aumento de preço³.

Por fim, o abuso do poder de mercado, fruto de uma concorrência desleal, é fator significativo para a concentração mercantil, esta representada por monopólios, oligopólios, cartéis, trustes, entre outras formas. Este abuso exprime uma violação de garantia fundamental da Ordem Econômica Brasileira, atingindo tanto a economia nacional, como o direito do consumidor.

1.2 Referências Históricas

O desenvolvimento das relações capitalistas nas estruturas socioeconômicas do Brasil teve sua origem com o surgimento da economia exportadora de produtos primários, estes relacionados principalmente à agricultura do café.

Também contribuiu para a evolução do capitalismo, o fato histórico da libertação dos escravos, o que proporcionou a introdução do trabalho remunerado monetariamente, sob a forma de salário, na sociedade.

No final do século XX, o surgimento das indústrias, que aos poucos substituiu a importação, originou o fenômeno da concentração econômica e dos mercados. Tal processo foi estimulado pelo Estado com a inserção na Constituição Brasileira de leis e órgãos antitrustes.⁴

³ SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In MATTOS, Cesar. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003. p. 31.

⁴ ANVERSA, Gerson Luís Albrecht. **A defesa da concorrência no Brasil: experiência histórica, fundamentos teóricos e ação do Ministério Público Federal**. 2004. f. 62-63. Dissertação (Mestrado em Economia)-Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

No mesmo sentido, Gerson Anversa entende que a Quebra da Bolsa de Nova York de 1929 e a Revolução de 1930 no Brasil foram ocorrências importantes para modificar a feição da intervenção estatal na economia.⁵

A Constituição Brasileira de 1934 inovou, ao incluir um título específico sobre a ordem econômica e social, contudo durante sua vigência não tratou de nenhuma norma específica sobre a defesa da concorrência, e conseqüentemente sobre uma legislação antitruste, matérias básicas para assegurar a liberdade econômica então prevista.⁶

A Lei Maior de 1937 avançou no sentido de defender a importância da intervenção do Estado na economia, bem como introduziu o “princípio da proteção à economia popular”.

O “princípio da proteção à economia popular” era previsto no artigo 122, XVII, o qual contemplava o julgamento de crimes econômicos em Tribunal especial⁷, e também, no artigo 141, o que protegia a economia de lesões causadas por práticas abusivas de agentes econômicos.⁸

No ano de 1938, o Decreto-Lei n° 869 regulamentava os dispositivos constitucionais de proteção à economia popular, proibindo: a manipulação de preços pela distribuição ou não utilização de mercadorias, a paralisação artificial de atividade agrícola ou industrial, as coligações de monopólio, o açambarcamento, o preço predatório, a gestão para impedir/ impossibilitar ou dificultar a concorrência e os pactos abusivos, como os acordos de exclusividade e os cartéis.⁹

⁵ ANVERSA, Gerson Luís Albrecht. **A defesa da concorrência no Brasil**: experiência histórica, fundamentos teóricos e ação do Ministério Público Federal. 2004. f. 62-63. Dissertação (Mestrado em Economia)- Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

⁶ Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País. BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

⁷ Art.122, XVII- Os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir.[...]

⁸ Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2007. p. 32-33.

Pode-se notar claramente que as vedações acima já apresentavam características de normas antitrustes. Na verdade, este decreto surgiu com a finalidade de tutelar a economia popular, e, por conseguinte, os direitos do consumidor, reprimindo e penalizando os monopólios e os oligopólios do mercado de consumo.

O Decreto nº 7.666 de 1945, conhecido como Lei Malaia, introduziu o conceito de abuso de poder econômico na legislação brasileira, além de transformar o caráter penal da lei anterior em norma administrativa, a qual visava o interesse nacional.¹⁰ Tal dispositivo foi de grande importância para a história da defesa da concorrência, sendo fonte da Constituição de 1946.

A Carta Magna de 1946, ao introduzir, de maneira expressa, a repressão ao abuso de poder econômico em seu artigo 148¹¹, concretizou o protecionismo à economia popular, já versado anteriormente pelos Decretos nº 869 de 1938 e nº 7.666 de 1945. Desta forma, pode-se entender que foi criada a base para uma legislação de caráter antitruste.

Foram promulgadas duas leis de proteção à economia popular e à concorrência: a Lei 1.521 de 1951, conhecida como Lei da Economia Popular, e a Lei 1.522 de 1951. Estas autorizavam a intervenção estatal a fim de garantir a livre distribuição de produtos necessários ao consumo da população.

A intervenção estatal tinha como objetivo assegurar a subsistência do indivíduo em condições de higiene e o exercício normal de suas atividades. Desta forma, compreendia, de maneira intrínseca, elementos essenciais para o indivíduo, como a alimentação, a iluminação, o vestuário, a habitação, conforme se conferia no artigo 2º da Lei.¹²

¹⁰ Art. 6º - Serão desapropriadas pela União as empresas comerciais, industriais ou agrícolas comprometidas ou envolvida em atos nocivos ao interesse público. § 1º O valor das desapropriações de que cuida este artigo será pago aos desapropriados em títulos do Tesouro, de emissão especial, amortizáveis em quarenta anos. § 2º Para os efeitos do que dispõe o parágrafo único do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-1941 (Decreto-lei nº 4.152, de 6-3- 1942), o depósito será feito nos títulos a que se refere o parágrafo anterior e em montante correspondente ao capital registrado das empresas desapropriadas. § 3º Na avaliação para fixação da indenização devida pela desapropriação, tomar-se-á por base o valor do ativo líquido da empresa.

¹¹ Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

¹² Art. 2º. São crimes desta natureza: [...] Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

Ainda, neste sentido de intervencionismo, a Lei 1.522 criou a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP).¹³

Contudo, naquela época, ainda inexistia uma legislação que comportasse, especificamente, a repressão do abuso de poder econômico e a defesa da concorrência, como previa a Lei Maior de 1946, até a entrada em vigor da Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962.

A Lei nº 4.137 de 1962, conhecida como Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, na estrutura do Ministério da Justiça e subordinado à Secretaria Nacional de Direito Econômico, com a finalidade de que a norma fosse efetivamente empregada e cumprida, sob pena de responder por sanções administrativas, como se pode inferir no artigo 8º da norma mencionada.¹⁴

Em decorrência disto, a lei atuava em dois momentos, disciplinando a repressão *a posteriori*, e exigindo a aprovação e inscrição no CADE de quaisquer atos de concentração econômica, com intuito de também controlar *a priori* os atos que violassem a livre concorrência. Desta forma, regulamentava os processos judiciais e administrativos, e a fiscalização.

Apesar de comportar um amplo conteúdo sobre a proteção à economia popular e à livre concorrência, a Lei nº 4.137 de 1962 teve uma aplicação precária, pois o Brasil seguia as demandas do modelo de um país em desenvolvimento, incentivando as fusões e incorporações de empresas.

Assim o contexto da época provocou uma atuação discricionária do Poder Judiciário, como nos momentos em que suspendia ou anulava os veredictos condenatórios do CADE, em face dos quais eram impetrados mandados de segurança por parte de empresas condenadas no campo administrativo.¹⁵

Durante esta época, outras leis também foram significantes para a história do Direito à Concorrência, como as Leis nº 4 e nº 5 de 1962, as quais criaram a Superintendência Nacional de Abastecimento, a SUNAB, e o Decreto nº 63.196 de 1968, que criou o Conselho Interministerial de Preços (CIP).

¹³ COUTO, Ebenézer Pereira. O abastecimento alimentar no Brasil de 1930 à atualidade. In: IV CONGRESSO BRASILEIRO DE HISTÓRIA ECONÔMICA & 5ª CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE HISTÓRIA DE EMPRESAS. Anais... São Paulo: FEA/USP, 2001. p. 6.

¹⁴ Art. 8º- É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, incumbida da apuração e repressão dos abusos do poder econômico, nos termos da presente lei. Parágrafo único. (Vetado).

¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 136-141.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como seus textos antecessores, desde 1934, incluiu um título específico sobre a ordem econômica e financeira, e trata do assunto em outros dispositivos da Carta. Esta é inegavelmente uma das mais importantes bases legislativas para o direito à concorrência.

A Lei nº 8.158 de 1991, assim como a Lei nº 8.002/90, surgiu para complementar a Lei nº 4.137 de 1962, apesar de seu curto período de vigência. A primeira transferiu o poder de apurar e tratar de atos que possam violar os princípios da ordem econômica, como a livre iniciativa, que até então era de competência do CADE, à Secretaria de Direito Econômico - SDE.

A SDE ficou responsável pela análise de acordos e contratos que prejudicassem a concorrência, e das operações de concentração de empresas que representassem a partir de 20% (vinte por cento) do mercado de bens ou serviços, percentual que faz com que seja presumida a posição de domínio mercantil de uma empresa.

Toda a evolução e o aprimoramento desta legislação permitiram a edição da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, conhecida como Lei Antitruste, atualmente em vigor, que dispõe sobre a prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica, e transforma o CADE em autarquia federal.

1.3 A Livre Concorrência sob a Égide da Lei nº 8.884/94

A Lei nº 8.884 de 1994, a qual revogou as Leis nº 8.002 de 1990 e nº 8.158 de 1991, foi promulgada de acordo com o sistema de preceitos e princípios à Ordem Econômica trazidos pela Constituição de 1988, o que pode ser observado expressamente no artigo 1º da referida lei. Este expõe que a lei é orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, de livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão aos abusos econômicos.¹⁶

¹⁶ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. [...]

A Lei estabelece dois tipos de defesa da concorrência: um de caráter repressivo às condutas de natureza anticompetitivas dos agentes econômicos, como o domínio de mercado relevante de bens e serviços, por meio de monopólio ou formação de oligopólio, e como a existência de cartéis¹⁷ e trustes, como prevê em seu artigo 20, *caput*¹⁸; e outro com caráter preventivo aos atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, os quais deverão ser submetidos à apreciação do CADE, conforme prevê o artigo 54 da Lei¹⁹.

Contudo, o diploma legal pretende impedir somente a concorrência desleal e ilegal, defendendo o direito à livre concorrência, nos limites da lei, entre competidores para obter maior eficiência econômica, e não o domínio ou a concentração do mercado, tendo em vista que a posição dominante de uma empresa é presumida quando esta controla o percentual de 20% (vinte por cento) do mercado relevante, conforme estabelece o artigo 20 da lei.²⁰

Pela leitura do *caput* do artigo supracitado, pode-se perceber que o infrator será responsável por sua conduta, independentemente de culpa, ou seja, a responsabilidade do infrator é objetiva. Afinal, difícil seria caracterizar a culpa em tais procedimentos.

¹⁷ O economista Paulo Nunes entende que o cartel “consiste numa organização de empresas independentes entre si, que produzem o mesmo tipo de bens e que se associam para elevar os preços de venda e limitar a produção, criando assim uma situação semelhante a um monopólio (no sentido em que as empresas cartelizadas funcionam como uma única empresa).” NUNES, Paulo. **Concorrência perfeita**. Disponível em: <<http://www.knoow.net/cienceconempr/economia/cartel.htm>>. Acesso em: 4 set. 2010.

¹⁸ O artigo 20 da Lei 8884/94 estabelece um rol de atos que constituem infrações à ordem econômica: Art. 20. 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; IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...]

¹⁹ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. [...]

²⁰ Art. 20- 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: [...] § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. [...]

Além disto, pode-se entender que a lei prevê sanção também para a tentativa de tais infrações, obtendo ou não seus respectivos resultados, bastando a mera existência das condutas previstas para configurar a violação à ordem econômica.

Na seqüência, o artigo 21 apresenta uma série de condutas exemplificativas, sendo o rol, portanto, não taxativo, que configuram hipóteses traçadas no artigo 20 como infrações à ordem econômica.²¹

É importante destacar que o diploma legal em questão não só transformou o CADE em autarquia federal, como já dito anteriormente, mas também aumentou sua composição no plenário para seis conselheiros (dois a mais do que a antiga composição). Assim, além de ser um órgão com maior autonomia, tornou-se mais criterioso.

A legislação trata das penas aplicadas aos infratores da lei, ou seja, aqueles agentes comerciais que atuam de maneira anticompetitiva no ambiente comercial. As sanções podem ser de natureza pecuniária (multas) e de natureza não pecuniária, como a venda de ativo, a transferência do controle societário, entre outras.

Além disto, o diploma legal prevê, minuciosamente, sobre as particularidades da ação e da instauração do processo administrativo, da atuação do CADE, e do controle de atos e contratos comerciais.

1.4 A Constituição Federal de 1988

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 170, como já dito anteriormente, estabelece um título próprio para a proteção da ordem econômica e financeira, o que faz com que seja conhecida como uma constituição econômica.²²

²¹ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários [...]

A Lei Maior, portanto, traz em seu teor a proteção e a promoção da ordem econômica, baseada no trabalho como elemento dignificante e valorizador da pessoa humana, além de alguns princípios que sustentam a sua correta finalidade.

Além disto, a Constituição Federal segue a economia de mercado do momento de sua promulgação, promovendo o desenvolvimento socioeconômico e o bem-estar coletivo, descaracterizando a imagem de um Estado intervencionista, o qual sobrevivia até aquela época.

É importante enfatizar que a Carta Magna zela por dois princípios em especial para o presente estudo: o princípio da defesa do consumidor e o princípio da livre concorrência no mesmo momento da Lei, tornando-os iguais, sem hierarquia.

Além destes subprincípios, haja vista que são subordinados aos princípios e garantias fundamentais, serem protegidos pela Constituição Federal de 1988, ambos mencionados acima têm legislações próprias: a Lei nº 8.078 de 1990 (o Código de Defesa do Consumidor) e a Lei nº 8.884 de 1994 (Lei do Antitruste). Estas leis, apesar de serem autônomas, e por tratarem de assuntos diferentes, quando analisadas conjuntamente deixam clara e inequívoca a forte conexão entre suas matérias.

O Direito do Consumidor se consolidou no Brasil em 1990, com a promulgação de lei específica sobre a matéria. Tal fato fez com que o país se integrasse no contexto mundial que clamava pelo direito dos consumidores, e apesar de tarde, iniciou a resposta às necessidades da realidade que alarmava a sociedade brasileira.

A livre concorrência surgiu como uma proteção à economia e ao bem-estar da coletividade. Além de incentivar essa, a Lei Maior objetiva, paralelamente, o direito à livre iniciativa, ou seja, a liberdade do agente comercial atuar no mercado econômico. Esta então

²² 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. [...]

deve ser adaptada à função social, abandonando seu caráter liberal, a fim de que conseqüentemente seja alcançada a livre concorrência nos ditames da Lei.

Ocorre que a defesa da livre concorrência é vista, comumente, como indiferente e sem importância para os direitos do consumidor, o que não é verdade. Ambos os ramos são inegavelmente interdependentes para a preservação e garantia da Ordem Econômica e do interesse social.

2 O DIREITO DO CONSUMIDOR

Em meados da década de 1960, pouco se falava sobre os consumidores, como classe social detentora de direitos. Estes eram tratados como as partes de um negócio jurídico: “contratantes”, “mutuários”, “clientes”, “segurados”, entre outros.²³

Tal situação, felizmente, não sobreviveu às novas conquistas no campo internacional do Direito.

Em 1962, John Fitzgerald Kennedy, presidente dos Estados Unidos, em discurso, enumerou os direitos do consumidor, observando a importância de uma reflexão jurídica sobre o assunto. Com isto, reconheceu que todos os cidadãos são consumidores. Tal acontecimento foi literalmente o estopim para o nascimento do Direito do Consumidor para o mundo.²⁴

Inicialmente, o discurso de Kennedy ganhou grande espaço na Europa e nos países capitalistas da época, demorando a ter notoriedade no Brasil.

Em 1985, a Organização das Nações Unidas, pela Resolução n.º 39/248, estabeleceu diretrizes para a legislação do Direito do Consumidor, reconhecendo-o como direito humano de nova geração, direito social, econômico e de igualdade da parte mais fraca (consumidor), diante dos grandes empresários e profissionais, os quais detêm maior conhecimento técnico e jurídico.²⁵ Assim, recomendava que seus países-membros adotassem ou reforçassem suas respectivas legislações internas sobre o Direito do consumidor.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil adotou o consumidor como sujeito de direitos, protegendo estes como garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXII, o qual prevê uma atuação por parte do Estado para promover a defesa do consumidor,

²³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

²⁴ PERES FILHO, José Augusto. Direito de opinar como direito básico do consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 306, 9 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5208>>. Acesso em: 31 out. 2010.

²⁵ BENJAMIN, op. cit., p. 26.

por meio de uma legislação sobre a temática.²⁶

Já no artigo 170 da Carta Magna, foram definidos os princípios gerais da Ordem Econômica, fruto de uma Lei Maior com essência econômica, sendo o seu inciso V a defesa do consumidor, o qual já foi tratado no título anterior do presente trabalho, com a finalidade de dar notoriedade para o fato de a Constituição vigente ser de natureza econômica.

No ano de 1990, foi criada a Lei nº 8.078, que rege sobre a defesa e os direitos do consumidor: o Código de Defesa do Consumidor- CDC, finalmente consolidando o Direito do consumidor no país, e sendo um ponto de partida para as próximas conquistas.

Para ser analisado direito do consumidor, cabe-se discorrer sobre a relação de consumo, suas partes e elementos.

A relação de consumo é composta pelo fornecedor e consumidor, este adquirente de serviço ou produto disponibilizado no mercado pelo primeiro.

O fornecedor pode ser classificado como pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, como prevê o artigo 3º da Lei nº 8.078/90.²⁷

Já o consumidor é o destinatário final da relação de consumo, sendo pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 8.078/90.²⁸

O consumidor é parte vulnerável e frágil da relação de consumo, haja vista sua hipossuficiência técnica, informacional, jurídica, fática e psíquica diante do fornecedor de

²⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]

²⁷ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

²⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

serviço ou produto, o qual normalmente é dotado de equipe qualificada nestes aspectos cognitivos mencionados.

No mesmo entendimento, Leonardo Roscoe Bessa entende que a fragilidade do consumidor perante o mercado de consumo é nivelada em razão do tipo de atividade mercantil. Desta forma, o consumidor pode ser mais ou menos frágil para cada tipo de atividade comercial.²⁹

Tal nivelamento será verificado quando analisada a influência que o poder econômico de uma empresa de determinada atividade mercantil tem sob o consumidor, considerando qual é a flexibilidade do consumidor perante as mudanças no mercado.

Ainda, tal lei trata de temas, como a publicidade de produtos e serviços, práticas abusivas, defeitos e vícios no objeto de consumo, proteção contratual, entre outros.

Para o presente estudo, é necessário destacar que a referida lei veda a elevação sem justa causa do preço de produtos e serviços, como previsto em seu artigo 39, inciso X.³⁰

Outro ponto de grande importância na lei em questão é o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o qual compreende, nos dias de hoje, o PROCON, a Delegacia do Consumidor, a Defensoria Pública, entre outros órgãos que atuam na defesa do consumidor.

Neste sentido, a Lei 8.078 de 1990 colaborou extremamente para a expansão do Direito do consumidor na doutrina, na jurisprudência e na atuação jurídica do Estado, mas por ser um campo relativamente novo, há muito que ser regulamentado, diante de omissões legislativas, motivo pelo qual é realizado o atual estudo.

²⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: **Análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 52-53.

³⁰ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços [...]

2.1 A Política Nacional de Relações de Consumo

O Capítulo II da Lei 8.078, de 1990, trata da Política Nacional de Relações de Consumo. Esta objetiva atender às necessidades dos consumidores; o respeito à sua dignidade, saúde e segurança; proteger seus interesses econômicos; melhorar sua qualidade de vida; e, ainda, atingir a transparência e harmonia das relações de consumo, conforme prevê o artigo 4º do diploma legal.³¹

Numa breve análise, percebe-se que o *caput* do artigo supracitado abrange dois pontos de extrema importância para o presente trabalho: o atendimento às necessidades dos consumidores e a proteção de seus interesses econômicos. Com isto, cabe dizer que o direito à livre concorrência é previsto em tal dispositivo.

Diante do que já foi visto neste estudo, o direito à livre concorrência é calcado nos interesses econômicos das empresas. No entanto, também compreende os interesses econômicos do consumidor, pois este, num mercado de alta concorrência, depara-se com produtos de valores diversos, podendo atender sua condição e planejamento financeiros.

Ademais, a livre concorrência, ao tratar, fidedignamente, de inserção de novas marcas no mercado de consumo, traz várias opções de produtos para o consumidor. Esta variedade de produtos e marcas faz com que o consumidor consiga definir o produto disponível que atinja da maneira mais completa suas necessidades.

Assim, não é forçoso dizer que o direito à livre concorrência deve ser protegido e impulsionado pela Política Nacional de Relações de Consumo, coibindo e repreendendo quaisquer atos de concorrência desleal, como se verá na análise do inciso VI do artigo 4º do CDC.

A Política deve observar os seguintes princípios: o da vulnerabilidade do consumidor; o da ação governamental para proteger o consumidor; o da educação e informação de consumidores e fornecedores, quanto aos seus direitos e deveres, visando melhorar o mercado de consumo; o de incentivar a criação pelos fornecedores de meios

³¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...]

eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, e de mecanismos alternativos para a solução de conflitos; o da coibição e repressão de práticas abusivas no mercado de consumo; o da racionalização e melhoria dos serviços públicos; e o estudo constante das modificações do mercado de consumo.³²

A partir da exposição de princípios acima, é de grande relevância destacar o princípio da ação governamental para proteger o consumidor e o da coibição e repressão de práticas abusivas no mercado de consumo.

O princípio da ação governamental pode ser efetivado por diversas maneiras: por iniciativa direta, por incentivo à criação e desenvolvimento de associações representativas, pela presença do Estado no mercado de consumo; pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.³³

Andréa Struchel entende que a ação governamental pode ser definida como aquela relacionada a investimentos, como programa de educação ambiental, a obras ordinárias, como a construção de viadutos, e pavimentação de asfalto, e obras corriqueiras ou de manutenção, assim como reformas de equipamentos públicos.³⁴

O Portal de Transparência da Câmara dos Deputados dispõe sobre determinados conceitos que são usados reiteradamente, a fim de facilitar o entendimento dos usuários do sistema.

³² Art. 4º [...] I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

³³ Art. 4º [...] II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta;b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;c) pela presença do Estado no mercado de consumo;d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

³⁴ STRUCHEL, Andréa Cristina de Oliveira. Ação governamental e o Poder Executivo Municipal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 660, abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6636>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

Ao tratar do conceito de ação governamental, destaca que esta é o conjunto de operações, cujos produtos contribuem para os objetivos do programa de governo.³⁵

Logo, a ação governamental é de elevada significância para a proteção do direito à concorrência, pois esta é mecanismo eficiente e capaz de assegurar o cumprimento de um direito, por meio da atuação do Estado no mercado de consumo, implantando as políticas públicas acerca do tema.

O princípio da coibição e repressão de todas as práticas abusivas realizadas no mercado de consumo é, essencialmente, um mecanismo antitruste. Este princípio, como prevê o artigo 4º, VI, também inclui o combate à concorrência desleal e à utilização indevida de inventos e criações industriais de marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

O direito à livre concorrência é calcado na legalidade, como prevê a Constituição Federal vigente e a Lei nº 8.884 de 1994, a qual será analisada no próximo tópico. Assim, é proibida qualquer ilicitude no gozo deste direito.

Assim, em princípio, a concorrência é livre, sendo vedados: os atos que façam o consumidor se confundir com as origens dos produtos e a prática de prejudicar a imagem da concorrente.³⁶

Portanto, uma empresa é desleal quando adquire um maior número de consumidores, a partir de atitudes que desvirtuem a imagem de empresas concorrentes, ou que, de alguma forma, impeçam ou limitem estas empresas de concorrer. Esta deslealdade pode partir de funcionários da própria empresa prejudicada.

A Lei nº 9.279 de 1996 trata de direitos e obrigações referentes à propriedade industrial. Em seu artigo 2º, expressamente prevê a proteção dos direitos relativos à

³⁵ BRASIL. Presidência da República. **Portal de Transparência do Governo Federal**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/faleConosco/perguntas-tema-despesa-transferencia.asp>> Acesso em: 22 out. 2010.

³⁶ PORTO, Patrícia Carvalho da Rocha. A concorrência desleal e o crime de falsa alegação de direito de exclusiva. **Universo Jurídico**, Rio de Janeiro, 14 set. 2007. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4269/A_CONCORRENCIA_DESLEAL_E_O_CRIME_DE_FA_LSA_ALEGACAO_DE_DIREITO_DE_EXCLUSIVA#topo>. Acesso em: 10 nov. 2010.

propriedade industrial, por efetuação que compreenda a repressão à concorrência desleal e outros objetivos.³⁷

No artigo 195 da mesma lei, há disposição de relação de todos os crimes que configuram concorrência desleal. Alguns exemplos desta tipificação são: desvio, por emprego de meio fraudulento, de clientela de outrem; substituição do nome do fornecedor pelo seu próprio nome ou razão social, no produto, sem que haja consentimento do primeiro; receber dinheiro ou outra vantagem para proporcionar vantagem à empresa concorrente, faltando com seu dever de empregado, entre outros.³⁸

Assim, verifica-se o quanto é zelado o direito à livre concorrência, haja vista a repressão da concorrência desleal, por tratar esta de violação a um interesse social e de cunho econômico.

³⁷ Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.

³⁸ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos. § 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

3 TEMAS RELEVANTES

3.1 A Concorrência e a Eficiência Econômica

O Direito à Livre Concorrência representa um dos norteadores do interesse social no campo da Economia e do Direito do Consumidor, pois visa uma conduta legal e respeitosa dos agentes empresariais nos atos mercantis, evitando o abuso de poder econômico, promovendo transparência e confiança em ofertas, propagandas, fornecimento e negócios jurídicos de bens e serviços para a sociedade consumidora.

Na área econômica, há conhecimento de três benefícios trazidos pelo correto cumprimento do direito à livre concorrência: a eficiência produtiva e a eficiência alocativa, as quais correspondem, respectivamente, à forma de produção e ao que produzir; e a capacidade de inovação no mercado.

A eficiência produtiva é traduzida na produção e distribuição de bens ou serviços, maximizando o emprego dos recursos para produção.³⁹ Esta resulta da concorrência existente no mercado, onde fornecedores optam por reduzir seus custos, diminuindo o preço, sob risco de perderem clientes para outros concorrentes que ofereçam maior eficiência.

Já a eficiência alocativa, pode ser entendida como a produção e distribuição de bens ou serviços que atende os desejos dos consumidores, refletindo na exata proporção dos preços que estes estão dispostos a pagar.⁴⁰ Com isto, deve-se atender o interesse de quem consome.

Complementando, a capacidade de inovação também representa ponto significativo para a conquista dos consumidores. Ao inovar, o agente econômico, incentivado pela competição, traz diferenciação para o mercado, e tende a oferecer novos produtos. Este

³⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da Livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, n.6, abr./jun. 2005.

⁴⁰ Ibidem.

processo, quando colocado em prática, desenvolve-se de maneira dinâmica, pois melhora a eficiência alocativa e produtiva, no decorrer dos procedimentos.⁴¹

Enquanto a capacidade de inovação é dinâmica, entende-se que as eficiências alocativa e produtiva são elementos essencialmente estáticos, pois são aferidos num determinado momento no tempo.⁴²

Logo, tais elementos aumentam a qualidade da situação econômica, aprimorando seus produtos ou serviços, e regularizando o custo-benefício, o que potencializa cada vez mais os agentes econômicos. Beneficia-se também a sociedade consumidora, a qual goza de maior eficiência por parte dos fornecedores e garante maior satisfação no ato de consumo.

3.2 O Consumidor - Rei

Na metade do século XIX, surgiu a teoria do “consumidor-rei”, a qual versa sobre a soberania do consumidor no mercado de consumo.

Para tal teoria, o consumidor influencia o preço de um bem, como também os preços de outros fatores de produção. Os empresários devem obedecer aos desejos do consumidor, pois, enquanto tiver a faculdade de escolher o que consumir, este será o ditador das regras do mercado, colaborando para o sucesso ou para o fracasso de uma empresa.⁴³

Assim, pode-se perceber que há uma única maneira de suprimir a soberania mercantil do consumidor: a monopolização de uma oferta de produto no mercado. Portanto, quando houver concentração mercantil de poder econômico em uma sociedade, restará prejudicada a concorrência e, conseqüentemente, eliminar-se-á o poder de escolha do consumidor.

⁴¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas Introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, n. 6, abr. /jun. 2005.

⁴² Ibidem.

⁴³ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003. p. 5-9.

Os fornecedores, ao se associarem em oligopólios ou outros modelos de concentração mercantil, disponibilizam produtos idênticos pelo mesmo preço a fim de eliminar qualquer exigência do consumidor, controlando o poder deste sobre o mercado de consumo.

Logo, o “consumidor-rei”, o ditador das leis de consumo, passa a ser “escravo” (vítima) dos grandes fornecedores, no momento em que a concorrência deixa de existir na sociedade mercantil. Com esta transição, tornam-se evidentes a violação dos direitos de escolha do consumidor diante de uma concorrência leal e, principalmente, a supressão de direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor.⁴⁴

3.3 O poder de escolha

Ao consumidor são previstos, pela Lei nº 8.078/90, uma série de direitos básicos no momento e após o consumo. Dentre estes direitos, encontra-se o poder de escolha do consumidor no momento em que busca consumir um produto ou serviço.

O poder de escolha é um direito básico do consumidor, previsto no artigo 6º, inciso II, do CDC.⁴⁵ A liberdade de escolha do consumidor pode ser entendida pelo conceito de consumidor-rei, já visto anteriormente no presente estudo. Por tal conceito, enxerga-se o consumidor como capaz de decidir o que é melhor para si próprio dentre as ofertas do mercado.

O direito de escolha só pode ser observado quando há opções de produtos e serviços de diversos preços e diversas qualidades disponíveis no mercado, ou seja, o consumidor poderá escolher somente quando os fornecedores estiverem exercendo a livre

⁴⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços [...]

⁴⁵ Art.6º São direitos básicos do consumidor: a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. [...]

concorrência mercantil. Desta forma, quando existir a concentração de poder econômico o poder de escolha do consumidor estará limitado às poucas opções do mercado.

Ainda, a liberdade de escolha do consumidor também tem se demonstrado importante para os fornecedores, pois o primeiro ditará o objeto que é melhor para o seu consumo, apontando o que é mais atrativo para o mercado.⁴⁶

Portanto, percebe-se que o poder de escolha está fortemente ligado ao direito da livre concorrência, buscando junto a este um mercado com maior variedade. Assim, o direito de ter opções no ato do consumo é protegido tanto pelo Direito do consumidor, de maneira expressa, quanto pelo Direito da livre concorrência, indiretamente.

A partir deste entendimento, nota-se que o CADE, ao julgar os atos de concentração, não pode se limitar a Lei nº 8.884/94, mas deve, conjuntamente, observar o direito básico de escolha do consumidor, afinal, este é protegido tacitamente pelo instituto da livre concorrência.

3.4 Mercado Relevante

Para ser analisada a atuação concorrencial dos agentes econômicos, deve-se verificar o mercado relevante de cada agente, para que possam ser sopesados os benefícios e os prejuízos decorridos dos efeitos mercantis da operação.

Portanto, a partir da análise do mercado relevante, observa-se a existência ou não de uma concentração de poder econômico, em potencial ou efetiva.

O mercado relevante é determinado por sua área geográfica e pelo produto/serviço em questão, sob dois aspectos: da demanda e da oferta. Assim, a concorrência só pode ser

⁴⁶ CARPENA, Heloísa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 219.

estabelecida quando os produtos ou serviços se encontram na mesma esfera geográfica, afinal devem ser oferecidos/demandados pelos consumidores de certa região.⁴⁷

Da mesma forma, deve-se notar a similaridade entre os produtos e serviços oferecidos/demandados para que estes possam competir no mercado.

Um elemento que deve ser observado na apreciação do ato de concentração é a essencialidade que os produtos e serviços têm na vida do consumidor. O conhecimento da essencialidade do objeto é fundamental para avaliar a flexibilidade da escolha que os consumidores assumirão no mercado.

3.5 A função social

A Constituição de 1988, além de ser conhecida como uma constituição econômica, também é notória pela defesa à livre concorrência, à livre iniciativa e à função social da propriedade privada. Partindo de tal notoriedade, também se pode entender que é uma constituição voltada para a sociedade.⁴⁸

No sentido de que todo o direito reconhecido e defendido pela legislação brasileira deve observar a não violação do direito coletivo, a Lei nº 8.884 de 1994, ao promover a segurança da ordem econômica do país, prevê a coletividade como a titular dos bens jurídico protegidos pela norma.⁴⁹

⁴⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresa.** São Paulo: Malheiros, 2002. p.29.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 58-66.

⁴⁹ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

Ainda, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 1º, IV, tem como fundamentos o trabalho humano e a livre iniciativa. Tais preceitos devem cumprir seu valor social, livrando-se do caráter individualista.⁵⁰

A livre concorrência mercantil é resultado Da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Desta forma, a livre concorrência também deve atingir sua função social, afinal, como já visto anteriormente, a titularidade dos bens jurídicos protegidos pela Lei Antitruste é da coletividade.

Ocorre que ao estabelecer o direito à livre concorrência, a Constituição de 1988 não faz referência específica ao interesse ou função social desta norma. Por outro lado, a legislação específica, dispõe de maneira mais esclarecedora, prevendo a livre concorrência, como um benefício para a sociedade, e proibindo a concorrência desleal e práticas de abuso do poder de mercado.

3.5.1 A Concorrência Perfeita x Função Social (Socialização de Produtos)

O tema abordado neste capítulo é de extrema importância, no sentido de que a livre concorrência, como subprincípio constitucional, deve obedecer a sua função social, prezando pelo bem-estar coletivo e pelo interesse social e sobreposição ao direito individual.

A livre concorrência se constitui na competição entre fornecedores de bens e/ou serviços, de maneira legal, observando o direito desses de atuação no mercado (livre iniciativa), sem que haja concentração de empresas, como cartéis, trustes, monopólio, entre outras práticas.

Segundo Paulo Nunes, a concorrência para ser perfeita exige os seguintes pressupostos: oferta de produtos iguais, por um preço semelhante, por meio de fornecedores equiparáveis, existência de consumidores educados para consumir, cientes da disponibilidade

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 208-213.

de ofertas, e inexistência de barreiras na entrada e na saída de mercadorias do mercado. Assim, a concorrência não prejudicaria ninguém.⁵¹

Por outro lado, Ivo Teixeira Gico Junior acredita que a concorrência perfeita é o resultado de um mercado perfeitamente ou totalmente competitivo. O grau de tal perfeição é alcançado de acordo com o número das suas condições peculiares que forem atingidas.⁵²

O referido autor acredita que os pressupostos para a existência de concorrência perfeita são: a produção de bens homogêneos, incluindo o lado da oferta e da demanda; a inexistência de barreiras à entrada ou à saída das empresas no mercado, não exigindo custos e despesas; consumidores e ofertantes plenamente informados acerca de dados relevantes à transação, como a qualidade do produto; a inexistência de custos de transação, ou seja, o pagamento para simplesmente participar do mercado; ofertantes e consumidores sendo tomadores de preços, incapazes de alterar o preço do mercado, e a inexistência de externalidades, onde cada agente suporta todos os custos, não havendo imposição a outros agentes.⁵³

Acontece que na prática da concorrência perfeita não haveria benefício algum para o consumidor, no sentido de variedade de produtos, tendo em vista que a concorrência apresentaria exatamente a mesma oferta, impossibilitando-o de ter opções diferentes de escolha. Logo, a concorrência se tornaria um padrão de ofertas, no qual não poderia ser exercido o direito de escolha do consumidor.

Ademais, é difícil acreditar na existência de consumidores com a mesma educação para o consumo, para discernir sobre as ofertas do mercado, pois não se trata somente de uma questão pessoal, mas também de iniciativas política e educacional.

Os consumidores são indivíduos com interesses diferentes e de classes sociais distintas. Diante disto, percebe-se que não podem arcar com os mesmos gastos.

Deste modo, existem ofertas de produtos de qualidades e preços diferentes, mas de características semelhantes, satisfazendo todas as classes sociais. Esta é a chamada

⁵¹ NUNES, Paulo. **Concorrência perfeita**. Disponível em: <<http://www.knoow.net/cienceconempr/economia/concorrperfeita.htm>>. Acesso em: 3 set. 2010.

⁵² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex S.A., 2007. p. 48-50.

⁵³ Ibidem.

“socialização de consumo”, a qual deve ser calcada no direito à livre concorrência, afinal esta só existirá quando realmente houver a oferta de grandes opções no mercado, sem que haja o abuso de direito de competição.

A concorrência, portanto, deve atender, antes de tudo, o princípio da função social. A livre e verdadeira concorrência só existirá com preços e produtos diferentes, que guardem características similares. Tal disponibilidade de produtos e bens beneficia não só o consumidor, mas também o empresário fornecedor, pois atinge determinado alvo mercantil.

Ainda, a socialização dos produtos é essencial para o combate do crime de pirataria, que, na tentativa de solucionar a padronização de preços de produtos, impulsiona o tráfico de armas e entorpecentes.⁵⁴

A partir deste estudo, entende-se com maior clareza, a disposição normativa da Carta Magna de 1988. Esta prevê as ordens social e econômica do país, no mesmo título, e baseadas nos mesmos princípios, sendo dois destes: a livre concorrência e a função social da propriedade.

Verifica-se, assim, a interdependência entre os princípios. As funções econômica e social só são atingidas quando há a efetiva aplicação e o cumprimento dos princípios previstos na Lei Maior.

⁵⁴ A monopolização empresarial padroniza o preço e a qualidade dos produtos, o que tende a gerar descontentamento da sociedade. Esta, ao se deparar com preços altos busca por produtos mais acessíveis, incorrendo muitas vezes na compra de produtos piratas, como CDs e DVDs. No entanto, o crime de pirataria, além de violar os direitos autorais do bem, muitas vezes fomenta o tráfico de entorpecentes, o tráfico de armas, entre outros malefícios sociais.

4 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA PERANTE A VISÃO DO CADE

No presente capítulo, apresentam-se casos julgados pelo CADE de grande repercussão. Tais casos são identificados pela jurisprudência como “atos e contratos do art. 54”, ou seja, tratam de situações de ameaça ou concentração efetiva de poder econômico no mercado.

A concentração é presumida quando operações constituam em 20% de poder econômico em um mercado relevante ou quando qualquer das empresas tenha faturamento bruto anual de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), como previsto no artigo 54, §3º, da Lei Antitruste.

O Conselho aprecia os casos, analisando alguns aspectos, como o mercado relevante, a concentração de poder econômico das empresas sob julgamento, a essencialidade do produto ou serviço para a vida do consumidor, os benefícios e prejuízos trazidos para a coletividade, entre outros.

Os atos de concentração de empresas devem passar pelo crivo do Conselho, o qual observa o nível de poder econômico obtido com o resultado da operação pretendida. Além disto, os conselheiros devem observar outros aspectos, estes previstos no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, para a autorização ou não da operação.

O artigo 54 da Lei Antitruste prevê que os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar no domínio de mercados relevantes de bens ou serviços,

deverão ser apreciados pelo CADE. Porém o Conselho pode autorizar a operação quando conferir alguns pressupostos, estes a seguir aduzidos.⁵⁵

O CADE poderá autorizar a operação quando verificar as seguintes condições: atos que objetivem, cumulada ou alternativamente, o aumento de produtividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico (artigo 54, §1º, I). Assim, podem ser considerados legítimos os atos que preencham pelo menos três de tais condições, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, contanto que não resultem em prejuízo para os consumidores ou usuários finais (artigo 54, §2º).

Ainda, cabe ao Conselho observar que os benefícios da operação sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes e os consumidores, ou usuários finais (artigo 54, §1º, II).

O Conselho, da mesma maneira, pode aprovar a operação que não implique na eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante das empresas sob análise (artigo 54, §1º, III).

Ademais, devem ser verificados os limites estritamente necessários para alcançar os objetivos visados pelas empresas (artigo 54, §1º, IV).

⁵⁵ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. § 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final. § 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). § 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. [...]

Desta forma, as empresas que efetivarem operação de concentração de poder econômico devem, previamente ou em quinze dias úteis de sua realização, enviar três vias da documentação à SDE, a qual imediatamente enviará uma ao Conselho e outra à SEA, como prevê o artigo 54, §4º.

4.1 O Primeiro Julgado Repressivo: Caso Rhodia-Sinasa

O CADE iniciou os julgamentos de Atos de Concentração - AC no ano de 1994, o mesmo de sua criação. Neste ano, o Conselho apreciou o pacto de joint-venture do grupo Rhodia com o grupo Sinasa, o qual constituiu a Rhodia-Ster, empresa que teria as fibras acrílicas e de poliéster como mercado relevante.

Ocorre que se constatou o monopólio nacional da empresa Rhodia, ao apurar que esta detinha 76,4 % da demanda interna das fibras de poliéster e 88% das fibras de acrílico, havendo alta concentração de poder mercantil.⁵⁶

Observou-se também que o grupo Rhodia tinha concentração das matérias-primas para a fabricação de fibras de poliéster, o que tornava ainda mais forte a barreira para a entrada no mercado de um novo concorrente, cabendo a este fabricar suas próprias fontes para a fabricação dos fios. Como se não fosse o bastante, o grupo Sinasa ainda possuía os outros elos da cadeia produtiva.

Com a intenção de obter autorização para o AC n° 12/94, a Rhodia alegou o objetivo de aumento de produtividade, condição prevista no artigo 54, §1º, I, a, da Lei Antitruste; e aumento de investimento em pesquisas de desenvolvimento e da escala de produção, para ter boas condições para concorrer no mercado.

No entanto, a conselheira Neide Malard observou que a empresa já detinha a escala média para as fibras de poliéster e a escala de produção de fibras acrílicas pouco

⁵⁶ BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia frustrada**: o CADE e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005. p.129.

elevaria, considerando os índices de produção mercantil nos Estados Unidos da América e na Europa.

Além disso, diversamente do que a Rhodia alegava em relação às eficiências, notou-se que o investimento na produção da empresa seria inferior ao que foi empreendido pelas empresas fundidas nos anos precedentes à tentativa do ato de concentração.

As empresas ainda alegaram que a operação aumentaria o número de empregados no setor têxtil, a partir dos investimentos que gerariam o aumento de vendas da empresa. Todavia, esta alegação recebeu algumas críticas por ser fundada em um futuro incerto, pois não se pode prever, precisamente, as consequências no mercado de consumo.⁵⁷

Os consumidores não perceberiam um benefício financeiro, pois não haveria nenhuma redução de custo dos produtos, mas somente uma incerta melhora de seus resultados, o que não justificaria o deferimento do Ato de Concentração pretendido pelas empresas.

Dessa forma, os conselheiros julgaram no sentido de autorizar parcialmente a operação, a fim de coibir o monopólio do mercado de fibras de poliéster e de acrílico, afinal o grupo Rhodia não alegou justificativas plausíveis para a autorização da compra, de acordo com o artigo 54 da Lei Antitruste acima referido.

Cabe transcrever a fundamentação do voto do conselheiro Marcelo Monteiro Soares:

Assim, entendo que os atos de concentração em exame, no que respeita ao segmento de fibras poliéster e acrílica, não atendem aos requisitos constantes do §1º do artigo 54, assim como não satisfazem as condições previstas no §2º do mesmo artigo. De todo o exposto, acompanho o voto proferido pelo digno Conselheiro José Matias Pereira, notadamente no que respeita a aprovação parcial da presente transação submetida ao CADE, à determinação aos requerentes à desconstituição dos atos concernentes à incorporação das atividades voltadas à fabricação de fibras acrílicas

⁵⁷ BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia frustrada:** o CADE e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 130.

de poliéster, bem como à formalização do compromisso de desempenho nas áreas de resina e embalagens PET.⁵⁸

O CADE votou, unanimemente, a favor da operação somente em parte referente ao mercado de polietileno tereftálico, conhecido como PET, que era produzida pela Celbrás do Grupo Sinasa. Embora tenha sido restritiva a decisão do Conselho, verifica-se que a parte aprovada foi de grande relevância, garantindo o monopólio na produção de garrafas descartáveis, cujo mercado estava em franco crescimento.

O caso descrito obteve o primeiro julgado restritivo perante o CADE, o qual pode ser analisado de maneira positiva para os consumidores, pois vedou o monopólio que seria obtido com a união das empresas, o qual limitaria as opções para o consumo. Ainda, apesar de as empresas em questão serem a maior parte do mercado, vale observar que os consumidores podem optar pelos fios sintéticos ou artificiais, conseguindo exercer seu poder de escolha.

De acordo com o direito à competitividade, previsto na Lei n° 8.884/94, percebe-se que às empresas não foram violados o direito da livre iniciativa e da livre concorrência, pois o que elas pretendiam ultrapassava a legalidade de tais direitos, objetivando uma concorrência desleal a partir de concentração de poder econômico no mercado de consumo.

4.2 O Caso *Gerdau-Pains*: uma fase de críticas para o Conselho

No ano de 1994, o grupo *Gerdau* decidiu por adquirir a empresa siderúrgica *Pains*, numa transação avaliada em R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Tal

⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração. Ato de Concentração aprovado parcialmente pelo CADE. Desconstituição das atividades pertinentes à fabricação nos segmentos de fibras acrílicas e de poliéster. Relatório final apresentado pelas Requerentes. Atos necessários para a conclusão da venda dos ativos da POLIFIATEX – FIBRAS TÊXTEIS LTDA. Proposta de encerramento desta fase do processo, visto que foi cumprida a decisão do CADE. Proposta de contratação de empresa especializada no assunto, pelo CADE, para avaliar e acompanhar, no período assinalado na referida decisão, a capacidade técnica, operacional e os compromissos contratualmente assumidos pelas compradoras, com vista a restabelecer a competitividade nos mercados de fibras em questão. Aprovado. *AC- Ato de Concentração n° 0012/94*. CADE. Requerentes: Rhodia S/A e Sinasa S.A. Administração Participações e Comércio. Requerido: CADE. Relator(a): Conselheiro José Matias Pereira. Brasília, 30 de janeiro de 1996. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 4 jan 2011.

investimento foi vetado pelo CADE, por perceber neste uma situação de concentração do poder de mercado. Esta decisão gerou uma fase de críticas para a gestão de 1994-1996 do Conselho.

O indeferimento da operação fez com que o presidente do grupo *Gerdau* recorresse ao Ministro da Justiça da época, Nelson Jobim, o qual interpôs recurso no CADE, para obter o deferimento da compra. Cabe dizer que o recurso só seria viável no Poder Judiciário, conforme o artigo 50 da Lei Antitruste.⁵⁹

O Conselho, em julgamento de pedido de reconsideração após ter proibido duas vezes a compra, considerou a referida operação como uma barreira à livre concorrência no mercado de aços longos comuns, tendo em vista que aumentara o poder de mercado exercido pela marca de 48% para 53%.⁶⁰

Independente do julgamento do Conselho, o Ministro Jobim acolheu o recurso do grupo *Gerdau*, suspendendo o AC *sine die*.⁶¹

Vale observar que, a Procuradora-Geral do Conselho ajuizou pedido de dissolução da compra na Justiça Federal. Diante disto, o Presidente do CADE desautorizou o ato da procuradora, por entender ser ilegítimo e ferir a Lei nº 8.884/94, haja vista ser o plenário competente para a determinação de execução.

No entanto, houve o desfazimento da compra, motivo pelo qual o Conselho sofreu críticas.

Ocorre que, apesar das irregularidades do julgamento do ato de concentração econômico, o direito do consumidor foi beneficiado com o desfazimento da operação, afinal o poder de mercado da marca era de 46%, detendo 26 % a mais do que o presumido pela Lei nº 8.884/94 como concentração de poder de mercado.

⁵⁹ BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia frustrada:** o CADE e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 137.

⁶⁰ Ibidem, p. 137.

⁶¹ Ibidem, p. 139.

Desta forma, impediu-se a criação de um limite para o poder de escolha do consumidor, pela vedação da concentração das empresas. Este restaria prejudicado ao se deparar com poucas opções de consumo no mercado.

No entanto, a decisão ao invés de proibir o direito à entrada de tais empresas no mercado de consumo, poderia ter estabelecido cláusulas limitativas à concentração do poder econômico, permitindo que a nova empresa pudesse competir junto às outras no mercado siderúrgico (direito à livre iniciativa) e beneficiando o consumidor, via preço ou qualidade, ao inserir a opção de produtos.

4.3 O Caso Kolynos- Colgate Palmolive Company

O caso “*Kolynos- Colgate Palmolive Company*” teve grande repercussão no Brasil, abrindo espaço para o conhecimento e estudo do direito à concorrência.

No ano de 1996, a aquisição da Kolynos do Brasil S/A pela empresa *Colgate Palmolive Company* foi julgada pelo CADE, com intuito de eliminar qualquer finalidade de concentração de poder de mercado da empresa adquirente.

Ocorre que naquele momento, o Conselho apresentava uma nova composição, cujo primeiro julgamento foi o da compra da empresa Kolynos. Assim, não transmitia muita segurança jurídica para a população, afinal ainda era lembrado pelo julgamento do episódio “*Gerdau-Pains*”.

Lúcia Helena Salgado, que foi conselheira do CADE por 04 anos, tendo atuado como relatora no caso em questão, diz que, inicialmente, foi analisado o mercado relevante das marcas, chegando à conclusão de que os dois objetos de grande relevância no mercado eram a escova e a pasta dentais. Com isso, levou-se em consideração o valor que os

consumidores estavam dispostos a pagar por tais produtos, afinal são compradores de rendas diferentes, procurando por preços e produtos diversificados.⁶²

Neste caso, a abertura do mercado para produtos importados não prejudica a indústria nacional, pois há consumidores interessados nos dois tipos de produtos disponíveis: produtos *premium* e produtos de massa.

Os produtos *premium* são produtos de valor mais elevado, enquanto os produtos de massa são substitutos dos primeiros. Neste sentido, há consumidores de alta ou média renda, que estão dispostos a gastar mais com os lançamentos, novo design e produtos mais elaborados (*premium*); e consumidores de baixa renda que ficam satisfeitos com aquilo que é necessário e básico para a saúde bucal (produtos de massa, ou seja, aqueles mais acessíveis, financeiramente).⁶³

A decisão acabou por acolher o entendimento de que o mercado brasileiro de creme dental é de alta competição, sendo irrelevantes as barreiras à sua entrada. Assim, os efeitos sofridos pela concorrência seriam poucos, o que restou comprovado.

O Conselho levou em consideração dez alternativas para deferir a operação. A opção escolhida se traduz na suspensão da marca Kolynos na fabricação e no comércio do creme dental no território nacional pelo período de quatro anos. A finalidade visada era manter o princípio da livre concorrência, evitando qualquer tipo de limitação ou eliminação das marcas concorrentes no mercado, por ser a marca em questão conhecida e renomada no âmbito nacional.⁶⁴

Os dados dos 07 anos posteriores à decisão do Cade evidenciam os efeitos da operação. A venda dos produtos da marca Colgate baixou de 77 para 62,7%, enquanto a venda de outras marcas elevou.⁶⁵

⁶² SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In MATTOS, Cesar. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003. p. 33-34.

⁶³ SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In MATTOS, Cesar. (Org.). **A Revolução do antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**. São Paulo: Singular, 2003. p. 33-34.

⁶⁴ Ibidem, p. 59-60.

⁶⁵ Ibidem, p. 65.

Em seu relatório final, a Colgate Palmolive apresentou pesquisas do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE, as quais informam o surgimento de um novo perfil de consumidor: menos leal, mais crítico e seletivo, demonstrando ter elasticidade quanto à escolha dos produtos.⁶⁶

Ainda, a decisão abriu o mercado para o lançamento de novas marcas, como a empresa *Glaxo- Smithkline*, proprietária dos produtos *Aquafresh*, cujo creme dental alcançou 7,9% do mercado nacional, no ano de 2001.

Logo, a decisão trouxe uma conquista para a economia brasileira, evidenciando a garantia dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência mercantil, esta dotada de competitividade de preços e produtos diversos.

No entanto, estes preceitos só foram assegurados no presente caso, por ser o consumidor flexível diante do mercado relevante de tais produtos, quando este é composto por variedade de produtos *premium* e de massa. Desta forma, destaca-se a importância que o consumidor teve para o julgamento do ato de concentração, o qual só foi deferido após a análise do perfil do comprador dos produtos.

Ainda, percebe-se no caso em análise a inexistência de poder de mercado da marca, o que faz com que o consumidor tenha várias opções, sendo capaz de fazer uso de seu poder de escolha. Desta maneira, o consumidor terá condições para escolher o melhor produto para suas necessidades, de acordo com a qualidade e o preço mais adequado à sua situação financeira.

4.4 A Indústria Farmacêutica

4.4.1 O Caso Allergan - Frumtost

⁶⁶ Ibidem, p. 66.

A indústria farmacêutica, por tratar de área extremamente essencial para a saúde da população, é conhecida pela variedade de marcas de produtos, o que incorre em produtos semelhantes com diferentes preços.

A multiplicidade de marcas é sinal da não-violação à livre concorrência. Assim, o consumidor tem a faculdade de optar por um produto similar ou genérico, de acordo com sua disponibilidade financeira.

Entretanto, não se pode afirmar que o mercado de remédios é de ampla concorrência, pois, apesar do elevado número de marcas à disposição dos consumidores, muitos optam pela marca tradicional e renomada.

César Mattos observa que, tratando-se do Brasil, os próprios médicos indicam e recebem o produto de marca mais conhecida, influenciando os consumidores.⁶⁷

No Ato de Concentração 34/95, foram avaliados os mercados relevantes das empresas Allergan e a Frumtost, responsáveis por produtos oftalmológicos.

Entendeu-se que a compra da Frumtost poderia aumentar o índice de Pesquisa e Desenvolvimento- P & D, por parte da Allergan, afinal seria mais uma empresa inclinada para tais objetivos. Em consequência, incrementaria também uma inovação no setor farmacêutico.⁶⁸ Com isto, o Plenário aprovou a operação, por unanimidade⁶⁹, sendo esta decisão tomada como base para análise e julgamento de outros casos de operações de compra de empresas da indústria farmacêutica.⁷⁰

⁶⁷ MATTOS, César. Concentração no Setor Farmacêutico: A aquisição da Frumtost pela Allergan. In MATTOS, Cesar. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil**: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003. p. 83-86.

⁶⁸ Ibidem, p. 111.

⁶⁹ EMENTA. Ato de Concentração. Aquisição, pela Allergan Inc, do controle acionário da Frumtost S/A Indústrias Farmacêuticas e Perfusa Industrial S/A. Elevado grau de concentração anterior à operação no mercado de medicamentos oftalmológicos. Alteração no grau de concentração em algumas classes terapêuticas destinadas a usos oftálmicos. Impactos sobre os mercados relevantes onde se verificaram alterações do grau de concentração. Hipótese contemplada pelo § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação e determinação de providências contidas no voto do Conselheiro-Relator.

⁷⁰ MATTOS, op. cit., p. 88-113.

Portanto, apesar da possibilidade de dano à livre concorrência e de barreiras à entrada de outras empresas no mercado de consumo, por ter sido verificada uma baixa concentração de poder mercantil, decidiu-se de maneira favorável, objetivando compensar tais danos com as pesquisas e inovações de medicamento, que aumentariam a eficiência da economia brasileira.

Nesta decisão, verificam-se as três condições previstas no artigo 54, §1º, da Lei Antitruste: o objetivo de aumentar a produtividade, de melhorar a qualidade de bens e propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Por tais motivos, houve o deferimento da operação.

No entanto, as condições acima mencionadas só beneficiam o consumidor que pode arcar com os custos altíssimos de tais medicamentos. Logo, percebe-se que, apesar dos avanços obtidos com a operação, o consumidor teve seu poder de escolha limitado, o que deveria ser considerado pelos conselheiros. Afinal, os avanços no sentido econômico e tecnológico, os quais só são usufruídos por uma parcela da sociedade consumidora, não devem se sobrepor ao direito básico de escolha do consumidor, o qual é inerente a todo cidadão.

4.4.2 O medicamento genérico

O mercado farmacêutico é peculiar quanto à essencialidade de seus produtos e, conseqüentemente, em relação à flexibilidade da opção de escolha do consumidor.

O aspecto mais importante dos remédios é a sua imprescindibilidade na vida do consumidor. Assim, quem consome fica “refém” do que lhe é imposto pelo mercado. Portanto, se o bem sofrer elevado aumento mercantil, sem que haja concorrência, o consumidor se esforçará para arcar com os novos custos.

Em razão da essencialidade dos produtos oferecidos pela indústria farmacêutica, os consumidores sofriam com ausência de concorrência, mas não deixavam de efetivar o consumo, motivo que incentivava e ascendia o poder econômico das grandes marcas. Esta situação perdurou até o ano de 1999, quando foi criada a Lei nº 9.787, a qual trata da inserção dos medicamentos genéricos no mercado brasileiro.

A Lei nº 9.787, conhecida como Lei dos Genéricos, introduziu no mercado econômico e no direito do consumidor uma visão a favor da livre concorrência entre as empresas farmacêuticas e do conhecimento do consumidor sobre a variedade dos produtos oferecidos, haja vista que as informações do consumidor se limitavam àquilo que lhe era apresentado pelos fornecedores de medicamento e pelos médicos.

Ao garantirem a mesma fórmula, com valor, em média, de 40% inferior aos produtos de marca, os medicamentos genéricos, rapidamente, obtiveram uma resposta favorável por parte dos consumidores. No entanto, muitas indústrias das grandes marcas de remédio não se mantiveram inertes diante o novo cenário. O elevado consumo dos remédios genéricos fez com que várias empresas farmacêuticas que ofereciam produtos *premium* sofressem acentuado abalo em sua lucratividade. Muitos destes fornecedores passaram a oferecer 60% de desconto em seus medicamentos, com a intenção de reconquistar aqueles consumidores perdidos para os concorrentes de remédios genéricos do mercado.⁷¹

Uma grande ofensa à Lei dos Genéricos foi a atuação da Associação Brasileira da Indústria Farmacêutica- ABIFARMA em 1999, que enviou cartas e adesivos para médicos, além de mobilizar revistas e emissoras, incentivando o desencorajamento das vendas e de promoções dos remédios genéricos à população.⁷²

⁷¹ BELTRAME, Alberto. **Ampliação do acesso a medicamentos de alto custo:** uma análise da política brasileira. 2002. Dissertação de mestrado profissional, Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. p. 9-10.

⁷² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo: 08012.009088/1999-48. Processo Administrativo. Fixação, em acordo com os laboratórios concorrentes, de condição de venda aos distribuidores de medicamentos, consubstanciada na exigência de que estes não trabalhassem com genéricos; limitação ao acesso de novas empresas ao mercado; criação de dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento dos distribuidores de medicamentos; recusa de venda de bens dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais. Tentativas das infrações comprovada e configurada. Infrações previstas no art.20, incisos I,II e IV, c.c artigo 21, incisos I,IV,V e XIII, da Lei nº 8.884/94.

Ainda, a atuação dos laboratórios ganhou grande repercussão na mídia, gerando também a denúncia na Comissão Parlamentar de Inquérito dos medicamentos.

A Secretaria de Direito Econômico analisou o comportamento de laboratórios que visavam abalar a estrutura de credibilidade e de segurança dos genéricos no mercado, por intermédio de campanha, apoiada pela classe médica, que estampava o dizer “não troque esta receita” nas prescrições. A secretaria informou que representantes das grandes marcas se reuniram antes da publicação da Lei dos Genéricos a fim de firmar estratégias para impedir a entrada dos novos produtos no mercado de consumo.

Ademais, os laboratórios forneciam informações distorcidas sobre a qualidade dos remédios substitutos aos consumidores. Por tais motivos, a SDE sugeriu ao CADE a condenação de 20 empresas envolvidas no processo de impedir a entrada dos genéricos no mercado por formação de cartel.

Neste sentido, o Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal denunciou a prática dos laboratórios, o que resultou na abertura de processo no CADE. Este condenou os 20 laboratórios, multando-os, por tentativa de formação de cartel, que visava a construção de barreiras à entrada de novos fornecedores no mercado.

A decisão do Conselho observou o direito à livre concorrência e o direito do consumidor, agindo de forma defensora da Lei dos Genéricos.

Conduta de liderança diferenciada por parte da Representada Janssen-Cilag Farmacêuticas Ltda. que incide, além dos incisos supracitados, no inciso II do artigo 21 da Lei nº 8.884/94. Aplicação de multa no valor de multa no valor de 1% (um por cento) sobre o faturamento bruto de cada uma das Representadas no exercício anterior ao da instauração do presente Processo Administrativo, exceto para a Representada Janssen-Cilag Farmacêuticas Ltda., condenada ao pagamento de multa no valor de 2% (dois por cento) sobre o seu faturamento bruto no exercício anterior ao da instauração do presente Processo Administrativo. Determinação de publicar, cada uma das Representadas, em meia página e às suas expensas, por dois dias seguidos, durante duas semanas consecutivas, Nota Pública contendo o inteiro teor da decisão do CADE, no jornal de maior circulação nacional. Imposição de multa diária pelo descumprimento da decisão no valor de 6.000 (seis mil) UFIR's equivalente a R\$ 6.384,00 (seis mil trezentos e oitenta e quatro reais). Representante: Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal - CRF/DF. Representados: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda, Akzo Nobel Ltda - Divisão Organon, Bayer S/A, Boeringher Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda, Bristol-Myers Squibb Brasil S/A, BYK Química Farmacêutica Ltda, Centeon Farmacêutica Ltda, Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal, Eli Lilly do Brasil Ltda, Eurofarma Laboratórios Ltda, Glaxo Wellcome S/A, Hoeschst Marion Roussel S/A, Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S/A, Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda, Laboratórios Biosintética Ltda, Laboratórios Whyeth-Whitehall Ltda, Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda, Produtos Roché Química e Farmacêutica S/A, Sanofi Winthrop Farmacêutica Ltda, Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda, SEARLE do Brasil Ltda. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 13 de outubro de 2005.

Com base na decisão, pode-se notar a preocupação dos conselheiros em impedir qualquer limite ao ingresso de fornecedores no mercado farmacêutico e, conjuntamente, em assegurar ao consumidor o poder de escolha ampliado pela eficiência da Lei nº 9.787.

A decisão do processo administrativo teve uma natureza repressiva perante as empresas multadas e caráter incentivador, buscando defender a entrada dos remédios genéricos no mercado para beneficiar a concorrência e o consumidor, em especial.

4.4.3 O Entendimento do SUS

Para o Sistema Único de Saúde- SUS o médico tem que receitar ao paciente o princípio ativo do medicamento, e não a marca do remédio, tendo em vista que esta, muitas vezes, é de um preço elevado para o consumo.

A 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, diante análise de apelação cível, entendeu que é vedado receitar medicamento, pela marca do remédio, e não pelo princípio ativo.⁷³

O caso tratava de paciente com hiperplasia prostática (aumento benigno da próstata), motivo pelo qual a ele foi receitado o remédio *Unoprost*, cujo princípio ativo é o mesilato de doxazogina. Ocorre que a diferença de preço entre esta marca e outro remédio similar ultrapassa 100%.

⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Hiperplasia prostática. Médico que receita Unoprost 2 mg (nome comercial), sem indicar a Denominação Comum Brasileira (DCB) – Fármaco ou princípio farmacologicamente ativo. Infração ao art. 3º da Lei 9.787/99 (Lei dos Genéricos). Art. 3º As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI). [...] § 2º Nas aquisições de medicamentos a que se refere o *caput* deste artigo, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço. [...] O médico, como profissional indispensável à administração da saúde, tem responsabilidades que devem ser cumpridas com rigor, dentre elas a de receitar segundo a lei. *Apelação Cível n. 2008.03128-0*. Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Estado de Santa Catarina Apelado: Francolino Colombo Apelado: Rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Quilombo, 9, de setembro de 2008. Disponível em: < http://www.prawobusca.com.br/paginas_texto/pagina.php?id=18&p=143_2008_752&d=2008_10_14>. Acesso em: 5 set 2010.

Neste sentido, julgou-se que a indicação de remédio com o nome comercial, sem sua Denominação Comum Brasileira-DCB, é ato contrário à Lei dos Genéricos e, conjuntamente, à saúde, haja vista que grande parte da população não tem condições financeiras para arcar com tais custos.

Desta forma, o julgado beneficia a entrada de outras marcas no mercado de consumo, incentivando a livre concorrência, assim como o direito do consumidor de optar pelo produto genérico, não se tornando “refém” dos fornecedores. Nota-se, portanto, a ampliação do direito de escolha do consumidor.

4.5 O Caso Ambev

No primeiro semestre de 1999, foi anunciada a fusão das empresas Antártica e Brahma, as duas principais empresas no mercado de cerveja do país, que resultou de uma transação de R\$8,1 bilhões. Esta operação preocupava o Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor, por serem as marcas renomadas e de grande conhecimento da população, podendo usar destas circunstâncias para eliminar a concorrência⁷⁴, por meio do uso de preços predatórios.

Preços predatórios são preços baixos, de grande acessibilidade, que arrecadam perdas em curto prazo, a fim de eliminar rivais ou criar barreiras à entrada de outros competidores no mesmo mercado de consumo. Assim, quando inexisterem rivais no mercado, a empresa eleva, novamente os preços, visando lucrar a longo prazo.⁷⁵

A Ambev, além do mercado de cerveja, insere-se no mercado de refrigerante, cabendo a análise de ambos os mercados de consumo para evitar qualquer concentração de poder.

⁷⁴ FARINA, Elizabeth M. M. Q.; AZEVEDO, Paulo F. A fusão e seus efeitos no mercado de cervejas In MATTOS, Cesar. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003. p. 131.

⁷⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Secretaria de Acompanhamento Econômico**. Brasília, 2011. Disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 10 fev 2011.

O mercado de consumo de refrigerantes é formado por grandes marcas, como a Coca-Cola, e por marcas de produtos com preços mais acessíveis, de modo que as grandes marcas não ameçam a estabilidade das últimas no mercado.

O que se verifica nesta área mercantil é a desnecessidade do produto, podendo este ser substituído, facilmente, por um produto de massa, quando o consumidor não pode arcar com o produto *premium*.⁷⁶

Logo, devido à opção dos consumidores por refrigerantes de preços mais acessíveis, a indústria das chamadas tubaínas cresce, fazendo com que as grandes empresas tenham que baixar seus preços.⁷⁷

Assim, apesar do consumo concentrado de grandes marcas, por serem estas de preferência nacional, não há barreiras que limitem a entrada de novas marcas no mercado de refrigerantes, afinal há espaço para todas as marcas, restando o direito à concorrência livre de qualquer prejuízo.

Já o mercado brasileiro de cerveja é marcado pela rivalidade entre diversas marcas, por meio de campanhas publicitárias e disputas de preço.

Ocorre que difícil seria eliminar a concorrência no mercado de cerveja, pois este é sensível ao preço dos produtos, havendo baixa lealdade por parte dos consumidores. Assim, caso a Ambev tentasse uma estratégia de oferecer seus produtos por preços predatórios, haveria uma “canibalização”⁷⁸, onde um produto ocupa o lugar de outro da mesma empresa, não eliminando a concorrência, e, ainda, trazendo benefício ao consumidor.

Da mesma forma, se houvesse um aumento unilateral dos preços de seus produtos, a Ambev perderia, substancialmente, a lucratividade no mercado, sendo este guiado pelos preços relativos.

Na decisão do CADE, firmou-se um termo de compromisso, o qual previa a venda da marca Bavária e a de uma unidade fabril, previamente determinada e em boas condições, em cada região do país.

⁷⁶ FARINA, Elizabeth M. M. Q.; AZEVEDO, Paulo F. A fusão e seus efeitos no mercado de cervejas In MATTOS, Cesar. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003. p. 131.

⁷⁷ Ibidem, p.133.

⁷⁸ Ibidem, p. 131.

Ainda, a Ambev teve como obrigação compartilhar sua rede de distribuição com o comprador em todas as regiões do país, durante 04 anos, com a prorrogação de 02 anos.

Após a operação mercantil, houve a elevação dos preços das marcas da Ambev, e, conseqüentemente, a redução de suas vendas. Por outro lado, aumentou-se a venda das outras marcas, como a Schincariol, e houve a retomada da Kaiser.

Com a fusão das marcas, verificou-se a eficiência do direito à livre concorrência em relação aos mercados de refrigerantes e de cervejas. Ambos os setores são marcados pela forte sensibilidade do consumidor aos preços em oferta, sendo este adaptável, de acordo com seu poder aquisitivo, tendo em vista que os produtos em questão são substituíveis e suas marcas são desnecessárias.

Assim tornam-se claros o aumento da competitividade, cumprindo o fundamento constitucional de livre concorrência, e o atendimento ao direito básico de escolha do consumidor.

Verifica-se a importância dada ao consumidor no caso analisado, o qual foi autorizado somente após a constatação de que o consumidor não restaria prejudicado com a fusão das empresas, pois ele é flexível às condições determinadas pelo mercado.

4.6 O caso Nestlé-Garoto

A tentativa de compra da empresa Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda. gerou repercussão na história do CADE, causando polêmica para a autonomia e legitimidade do Conselho e, ainda, para o direito da livre concorrência.

No dia 22 de fevereiro de 2002, a Nestlé Brasil Ltda. efetuou a compra da Chocolates Garoto S/A, submetendo, posteriormente, a operação à apreciação do CADE a fim de efetivar a aquisição.

A petição inicial das empresas expõe os motivos para a realização da compra, sendo estes: a necessidade de investimento para a Garoto, a qual sofrera perda de vendas, e o desenvolvimento dos negócios da Nestlé.

O mercado relevante sob análise se trata de confeitos e *snacks* (guloseimas), como os biscoitos, produtos fornecidos pela Garoto. Assim, as empresas afirmaram que os produtos são de grande concorrência mercantil, podendo o consumidor substituí-los, por não serem objetos necessários, mas prazerosos para um consumo impulsivo. Logo, as empresas argüíram que os produtos são escolhidos indistintamente, pela proximidade, praticidade e preço agradável ao consumidor.

No entanto, a empresa Kraft Foods Brasil S/A, ajuizou medida cautelar em face do ato de concentração, tendo em vista que as empresas requerentes ultrapassaram os 15 dias de prazo para propor esse, como restou demonstrado nos autos. Com isto, a Kraft pediu a suspensão da prática de atos por parte das empresas, que pudessem interferir no mercado, causando danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Ocorre que a compra da Garoto resultaria na concentração de poder mercantil da Nestlé, esta obteve todo o capital social da primeira, podendo causar a eliminação das outras empresas com o mesmo mercado relevante, restando o direito à livre concorrência prejudicado. A participação das marcas no mercado de chocolates sob todas as formas, cobertura de chocolate e achocolatados chegaria, respectivamente, a 58,4%, 88,5% e 61,2%. Ainda, a compra poderia gerar o controle de preço dos produtos e lucros exorbitantes da empresa no mercado.

Em fevereiro de 2004, o Conselho decidiu pelo veto da operação de compra, por entender que a união das empresas resultaria no prejuízo à livre concorrência, formando barreiras à entrada de outras marcas no mercado relevante. Observou também que em alguns mercados o poder de concentração das empresas poderia chegar a 100%.

O conselheiro relator, Thompson Andrade, analisou os dois mercados que seriam mais prejudicados com a venda: o de coberturas de chocolate e o de chocolates sob todas as formas.

A Arcor era a única concorrente no mercado de cobertura de chocolate, sendo insuficiente a sua participação para evitar os prejuízos à concorrência trazidos pela união das marcas.⁷⁹ Já a concorrência no mercado dos chocolates sob todas as formas era firmada pela Lacta, empresa de grande porte. No entanto, não se podia afirmar que a rivalidade entre as empresas caracterizaria uma efetiva concorrência, livre de prejuízos.

O Cade buscou avaliar os efeitos quanto ao aumento de preços dos produtos no mercado, o que causaria prejuízo ao consumidor, e se as eficiências dos agentes econômicos impediriam tal aumento. Ocorre que o mercado é caracterizado pela dinâmica, não podendo prever ao certo que ocorrerá com a fusão das marcas.

Ainda, as eficiências obtidas com a fusão deveriam trazer uma redução dos custos marginais para evitar danos aos consumidores. A eficiência para garantir que não houvesse aumento de preços no mercado deveria ter uma diminuição de 12% de custos marginais. No entanto, as eficiências apuradas pelo Conselho eram de 1,47% e 2,16%, demonstrando insuficiência para prevenção de danos ao consumidor.

O relator bem fundamentou seu voto, ao se basear nos danos reflexos que seriam causados aos consumidores com a compra da Garoto a partir da teoria price standard:

Como visto, a lei brasileira de defesa da concorrência prevê claramente, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que os "benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro". A lei, portanto, obriga que seja levado em consideração na análise não apenas os efeitos da operação sobre o excedente econômico total, mas especificamente o resultado sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Neste sentido, o modelo *price standard* se aproxima mais do objetivo traçado pela

⁷⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração. Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração. Pedido de Reapreciação no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Não acolhimento da preliminar de impedimento da Procuradora-Geral do CADE. Apresentação tempestiva. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Preliminarmente, pelo conhecimento do recurso em razão da existência de fato novo. Afastamento de questão de ordem quanto à impossibilidade do Conselheiro Ricardo Cueva votar em questões que o Relator anterior, Thompson Andrade, não tenha votado. Questão de ordem preliminar, argüida pela Impugnante Kraft, de não conhecimento do pedido de reapreciação não conhecida. Questão de ordem preliminar de insubsistência do voto do Conselheiro Thompson Andrade, argüida pelo Ministério Público Federal, indeferida. Pedido de desinvestimento parcial. Alternativa proposta qualitativamente inferior à decisão tomada no Ato de Concentração. Não preenchimento das condições do § 1º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94. No mérito, pelo não provimento. Manutenção da decisão anterior. *Pedido de Reapreciação no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89*. Conselho Administrativo de Direito Econômico. Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. E Chocolates Garoto S/A. Brasília. Requerido: CADE. Relator: Thompson Andrade. Brasília, 5, de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASP/Intranet/temp/t11172007347410020.pdf>> . Acesso em: 2 dez 2010.

lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre consumidores e empresas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços.⁸⁰

Portanto, o Conselho, por não verificar nenhuma das condições previstas no artigo 54, §1º da Lei nº 8.884/94, não autorizou a operação, determinando que a Nestlé teria que alienar a Garoto para outra empresa, a qual detivesse menos de 20% de participação no mercado relevante, em 150 dias.

No entanto, o Conselho extrapolou o prazo para apreciação e julgamento sobre o caso de concentração, descumprindo o que dispõe a Lei do Antitruste.

Sabe-se que o prazo para a análise e decisão do ato de concentração econômica é de 120 dias a contar de sua apresentação para exame, nos termos do artigo 54, §6º da Lei nº 8.884/94. O dispositivo prevê que a Secretaria de Acompanhamento Econômico- SEAE, órgão igualmente responsável pela repressão de condutas que violem a concorrência, analisa o caso, emitindo parecer técnico à Secretaria de SDE, no prazo de 30 dias. A SDE terá idêntico prazo para emitir seu próprio parecer e enviar ao Cade, o qual terá 60 dias para devidamente deliberar sobre o assunto em plenário.

O artigo 56, §7º da Lei Antitruste diz que caso os prazos supramencionados não sejam observados, o ato de concentração será autorizado, automaticamente.

Desta forma, em maio de 2005, as empresas Nestlé e Garoto ajuizaram ação, indagando a existência de legalidade no julgamento deferido pelo Cade. As sociedades acionaram sob o argumento de desrespeito ao devido processo legal pelo órgão em questão,

⁸⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração. Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração. Pedido de Reapreciação no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Não acolhimento da preliminar de impedimento da Procuradora-Geral do CADE. Apresentação tempestiva. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Preliminarmente, pelo conhecimento do recurso em razão da existência de fato novo. Afastamento de questão de ordem quanto à impossibilidade do Conselheiro Ricardo Cueva votar em questões que o Relator anterior, Thompson Andrade, não tenha votado. Questão de ordem preliminar, argüida pela Impugnante Kraft, de não conhecimento do pedido de reapreciação não conhecida. Questão de ordem preliminar de insubsistência do voto do Conselheiro Thompson Andrade, argüida pelo Ministério Público Federal, indeferida. Pedido de desinvestimento parcial. Alternativa proposta qualitativamente inferior à decisão tomada no Ato de Concentração. Não preenchimento das condições do § 1º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94. No mérito, pelo não provimento. Manutenção da decisão anterior. *Pedido de Reapreciação no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89*. Conselho Administrativo de Direito Econômico. Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. E Chocolates Garoto S/A. Brasília. Requerido: CADE. Relator: Thompson Andrade. Brasília, 5, de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPIIntranet/temp/t11172007347410020.pdf>> . Acesso em: 2 dez 2010.

pois ultrapassou o prazo definido por lei, julgando o caso em 411 dias. Assim, anular-se-ia a decisão do Conselho, havendo a conseqüente autorização automática para efetuar o ato de concentração sob julgamento.

Em abril de 2007, o Juiz Federal da 4ª Vara do Distrito Federal apreciou a ação ajuizada e julgou procedente o pedido das autoras, anulando a decisão proferida pelo Cade. Ainda, declarou automaticamente aprovado o ato de concentração submetido ao Conselho.

Na decisão, o juiz entendeu que diversos atos do processo administrativos foram nulos, pois não observaram a fundamentação para serem determinados e imprescindíveis ao julgamento.

Ademais, elimina-se a opção de extensão do prazo do artigo 54, § 6º, da Lei nº 8.884/94, afinal, este só seria suspenso caso não houvesse a apresentação de documentos e esclarecimentos imprescindíveis para o julgamento do ato de concentração, conforme dita o §8º do artigo.

No segundo semestre de 2009, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal de Brasília decidiu que o Conselho deveria decidir novamente o caso.

Ocorre que o CADE interpôs embargos infringentes, pois ainda considera que a compra da Garoto pela Nestlé estabeleceu concentração de poder econômico no mercado relevante, limitando a concorrência já existente e a entrada de novas empresas no ramo mercantil.

O Poder Judiciário determinou que o CADE julgasse novamente o ato de concentração.

A Nestlé procurou pela Advocacia Geral da União para haver a negociação de um novo acordo com o CADE, recebendo parecer negativo.⁸¹

Indagada se o Conselho daria seu aval em acordo com a Nestlé, a assessoria do CADE disse que não iria se manifestar sobre o assunto, pois o caso em questão se encontra sob análise do Poder Judiciário.⁸²

⁸¹ RODRIGUES, Lorena. Nestlé faz proposta para manter Garoto. **Folha.com**, Brasília, 2011. Seção Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/896403-nestle-faz-proposta-para-manter-a-garoto.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

⁸² BASILE, Juliano. **Cade precisa dar aval a novo acordo da Nestlé**. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/4/1/cade-precisa-dar-aval-a-novo-acordo-da-nestle>>. Acesso em: 10 abr 2011.

Diante do caso, percebe-se o zelo pelos ditames da Lei Antitruste. Apesar da configuração de poder extremamente concentrado do mercado relevante pela união das empresas, a compra foi devidamente autorizada, pois a decisão do Conselho extrapolara o prazo permitido para a deliberação. No entanto, as consequências para o consumidor e para o direito da concorrência são negativas, restando beneficiado somente o direito à livre iniciativa das empresas em questão.

Ao consumidor resta um mercado relevante, onde há parcial domínio das marcas, o que gera pouca variedade de preços. Cabe dizer que muitos produtos artesanais, como o chocolate caseiro, têm em sua composição os produtos Nestlé e/ou Garoto. Tal fato deve ser relevante para a presente análise, pois encarece o produto, além da mão de obra cobrada. Assim, o consumidor se depara com um mercado controlado pelas marcas, gozando de seu poder de escolha, de maneira muito limitada.

As empresas concorrentes foram prejudicadas pelo atual resultado do Caso Nestlé/Garoto. As marcas, por terem elevada participação mercantil, têm uma força grande no mercado, fazendo com que novas empresas concorrentes pouco se aventurem a ingressar em seu mercado relevante e quando se aventurem, não obtenham sucesso.

Desta maneira, pode-se notar a necessidade de uma nova apreciação do ato de concentração das marcas pelo CADE, afinal este não julga somente os casos de compra, mas todos aqueles onde haja limitação ou possibilidade de eliminação da concorrência no mercado. Caso não houvesse a apreciação do processo que está sendo julgado, no sentido de manter o que foi decidido pelo CADE, um novo julgamento reprimiria os malefícios ao consumidor e à concorrência.

5 ANÁLISE CRÍTICA

A defesa da livre concorrência mercantil é norteada, primordialmente, pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.884/94. No entanto, verifica-se certa preocupação com o direito ao consumidor em sua doutrina e jurisprudência.

O consumidor é elemento básico para a formação do mercado. É o consumidor quem eleva ou rebaixa uma empresa fornecedora de produtos ou serviços. Tal poder determinante é desempenhado pelo direito de escolha daquele que consome. Ao escolher o que consumir, o sujeito indica ao mercado a participação de cada empresa no ramo. Logo, se um mercado é formado por empresas com poder concentrado, ou os consumidores não efetivam seu poder de escolha, optando por uma mesma marca, por motivos pessoais; ou têm seu poder de escolha limitado.

Assim, quanto menor o poder de escolha do consumidor, ou seja, quanto menor a variedade do mercado em termos de preço e produtos, maior será a concentração mercantil.

Por tal motivo, o direito à livre concorrência está ligado ao direito do consumidor, beneficiando-se este último quando o primeiro é cumprido.

Diante os casos expostos e analisados, verifica-se a evolução dos julgamentos do Cade. Em seus primeiros casos, o Conselho recebeu diversas críticas, além de não analisar o consumidor, diretamente, mas somente de maneira reflexa ao direito da concorrência. No entanto, esta situação pouco durou, pois, com o decorrer dos casos, os atos de concentração passaram a ser analisados de maneira mais personalizada e benéfica ao consumidor. Este pode ser protegido no momento da delimitação do mercado relevante de cada caso, onde se analisa o perfil do produto (essencial ou substituível) na vida dos consumidores e a elasticidade destes diante uma substituição, como por exemplo, o caso *Kolynos-Colgate Palmolive*.

Todavia, as decisões do Conselho ainda não possuem certa coerência linear, gerando certa insegurança jurídica a todos: empresas sob o crivo do Conselho, concorrentes e consumidores. Tal disparidade repercute na esfera do direito do consumidor, o qual é protegido em alguns casos, mas não em outros.

Percebe-se a necessidade da introdução do consumidor no campo do direito à livre concorrência, no sentido de homogeneizar as decisões. No entanto, tal objetivo não será cumprido pela criação de agências reguladoras comuns aos direitos da concorrência e ao consumidor, o que foi tentado anteriormente, restando frustrada a tentativa, mas sim ao ressaltar a importância do consumidor para julgar os atos de concentração.

Da mesma forma, entende-se ser essencial traçar a conexão existente entre o Direito do Consumidor e o Direito à Livre Concorrência para que seja alcançada uma atuação mais favorável e dedicada ao consumidor. Esta ligação entre os ramos jurídicos deve ser apresentada para a sociedade, como matéria informacional, bem como aos profissionais juristas e empresários e, ainda, aos acadêmicos de Direito.

CONCLUSÃO

O presente trabalho observa a evolução histórica do direito à livre concorrência e do direito ao consumidor, por conquistas estimuladas pela Constituição Federativa da República de 1988, a qual forneceu a ambos direitos a mesma relevância jurídica, tratando-os com igualdade.

A Lei Antitruste estabeleceu fortemente a interdependência existente entre os temas de livre iniciativa, concorrência mercantil e consumidor, ao definir o CADE como órgão autárquico, responsável pelo julgamento de atos de concentração que obtivessem mais de 20% de poder econômico no mercado ou caracterizassem, por outra forma, a concentração de poder econômico.

Em uma análise de ato de concentração cabe observar o mercado relevante, a flexibilidade do consumidor regional e a concentração do poder econômico obtida pela operação.

A avaliação do mercado relevante é imprescindível para verificar a natureza do objeto posto em circulação comercial. Logo, nota-se a essencialidade do bem ou serviço para os consumidores, ou seja, é identificada a possibilidade ou não de substituição de um produto ou serviço *premium* por um objeto de massa, atendendo ao poder aquisitivo de cada comprador.

A elasticidade do consumidor é graduada pelo nível de essencialidade do produto ou serviço. Quando o objeto é facilmente substituído por outro similar, mostra-se a flexibilidade, do consumidor para optar por um objeto de uma marca mais popular e acessível, financeiramente.

Por fim, o poder econômico é vislumbrado, por intermédio de uma série de análises econômicas do mercado apresentadas pela parte sob julgamento, pela SEA, pela SDE e pelo CADE. Este poder será apreciado, por meio de uma avaliação dos benefícios e malefícios trazidos para o mercado, para os consumidores e para o interesse coletivo, como se observa no artigo 54,§1º, da Lei do Antitruste.

Desta forma, percebe-se a livre iniciativa, como a grande impulsionadora de variedade de produtos ou serviços de diversas qualidades e preços.

Com o incentivo à entrada de novos agentes econômicos, livres de qualquer prática anticoncorrencial, no mercado, resulta-se em uma ampla circulação de bens e serviços, fornecidos com custos e propriedades diversificados.

Entende-se que a garantia e fruição do direito à livre iniciativa são refletidos no aumento de concorrência. Afinal, o direito à livre iniciativa dos agentes econômicos frente ao mercado resulta na ampliação da concorrência, competitividade e rivalidade mercantis, de maneira direta.

A concorrência, a competitividade e a rivalidade mercantis persuadirão o consumidor, com o intuito de aumentar a eficiência econômica de seus agentes econômicos. Assim, o consumidor restará com uma diversidade de produtos ou serviços, podendo desfrutar de seu direito básico de escolher, a partir de suas condições financeiras e outros fatores pessoais.

O direito do consumidor e o direito à livre concorrência devem ser garantidos e protegidos pelos três poderes de modo mais eficiente, cabendo: ao Legislativo criar leis mais abrangentes e explícitas quantos aos direitos em questão; ao Executivo o incentivo dos direitos e a fiscalização do correto cumprimento destes; e, por último, ao Judiciário a interpretação e o julgamento da legalidade dos processos que envolvam os direitos mencionados.

Não obstante a defesa dos direitos, de maneira separada, cabe aos três poderes a vinculação do direito à livre concorrência e do direito do consumidor, sofrendores de danos e benefícios reflexos da livre iniciativa mercantil, afinal o direito básico de escolha do consumidor só é devidamente observado quando cumprido o princípio da livre concorrência mercantil.

Após profunda análise dos casos apresentados no presente trabalho, percebe-se que o CADE já efetivamente observa o direito do consumidor ao apreciar e julgar os atos de concentração econômica. No entanto, verifica-se a necessidade de traçar esta conexão, para tentar homogeneizar o entendimento do Conselho perante casos idênticos e semelhantes. Buscar-se-á, assim, evitar irregularidade e críticas.

A vinculação dos direitos deve ser feita pelas próprias doutrina e jurisprudência, tendo em vista que a ligação entre os direitos já existe, não demandando criação.

Assim, este estudo traz os direitos do consumidor e da livre concorrência, os quais sofrem os danos e benefícios trazidos pela livre iniciativa, como institutos normativos extremamente conexos.

Ocorre que nem sempre o Direito do Consumidor e o Direito à Livre Concorrência Mercantil são conectados em cursos jurídicos, como os de graduação, não se tornando tão visível a ligação para os acadêmicos.

No entanto, é de suma importância que os direitos tenham estabelecida sua relação, para que o estudo tanto da livre concorrência, como o do consumidor, sejam mais completos, formando profissionais com maior conhecimento, no sentido de que estejam preparados para a atuação nas referidas áreas jurídicas, assim como em outras áreas.

Portanto, este estudo apreciou e confirmou que os direitos do consumidor e da concorrência têm forte conexão, cabendo somente a criação de alguns dispositivos que demonstrem o vínculo existente para que todos os direitos sejam cumpridos e reivindicados. O presente incentivo é essencial para a visualização da conexão existente entre os direitos, a qual é desconhecida por muitas pessoas.

REFERÊNCIAS

ANVERSA, Gerson Luís Albrecht. **A defesa da concorrência no Brasil**: experiência histórica, fundamentos teóricos e ação do Ministério Público Federal. 2004. f. 62-63. Dissertação (Mestrado em Economia)-Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

BASILE, Juliano. **Cade precisa dar aval a novo acordo da Nestlé**. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/4/1/cade-precisa-dar-aval-a-novo-acordo-da-nestle>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia frustrada**: o CADE e o poder econômico. São Paulo: Boitempo, 2005.

BELTRAME, Alberto. **Ampliação do acesso a medicamentos de alto custo**: uma análise da política brasileira. Dissertação de mestrado profissional, Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: **Análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração. Ato de Concentração aprovado parcialmente pelo CADE. Desconstituição das atividades pertinentes à fabricação nos segmentos de fibras acrílicas e de poliéster. Relatório final apresentado pelas Requerentes. Atos necessários para a conclusão da venda dos ativos da POLIFIATEX – FIBRAS TÊXTEIS LTDA. Proposta de encerramento desta fase do processo, visto que foi cumprida a decisão do CADE. Proposta de contratação de empresa especializada no assunto, pelo CADE, para avaliar e acompanhar, no período assinalado na referida decisão, a capacidade técnica, operacional e os compromissos contratualmente assumidos pelas compradoras, com vista a restabelecer a competitividade nos mercados de fibras em questão. Aprovado. AC- Ato de Concentração nº 0012/94. CADE. Requerentes: Rhodia S/A e Sinasa S.A. Administração Participações e Comércio. Requerido: CADE. Relator: José Matias Pereira. Brasília, 30 de janeiro de 1996. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 4 jan 2011.

_____. Processo Administrativo: 08012.009088/1999-48. Processo Administrativo. Fixação, em acordo com os laboratórios concorrentes, de condição de venda aos distribuidores de medicamentos, consubstanciada na exigência de que estes não trabalhassem com genéricos; limitação ao acesso de novas empresas ao mercado; criação de dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento dos distribuidores de medicamentos; recusa de venda de bens dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais. Tentativas das infrações comprovada e configurada. Infrações previstas no art.20, incisos I,II e IV, c.c artigo 21, incisos I,IV,V e XIII, da Lei nº 8.884/94. Conduta de liderança diferenciada por parte da Representada Janssen-Cilag Farmacêuticas Ltda. que incide, além dos incisos supracitados, no inciso II do artigo 21 da Lei nº 8.884/94. Aplicação de multa no valor de multa no valor de 1% (um por cento) sobre o faturamento bruto de cada uma das Representadas no exercício anterior ao da instauração do presente Processo Administrativo, exceto para a Representada Janssen-Cilag Farmacêuticas Ltda., condenada ao pagamento de multa no valor de 2% (dois por cento) sobre o seu faturamento bruto no exercício anterior ao da instauração do presente Processo Administrativo. Determinação de publicar, cada uma das Representadas, em meia página e às suas expensas, por dois dias seguidos, durante duas semanas consecutivas, Nota Pública contendo o inteiro teor da decisão do CADE, no jornal de maior circulação nacional. Imposição de multa diária pelo descumprimento da decisão no valor de 6.000 (seis mil) UFIR's equivalente a R\$ 6.384,00 (seis mil trezentos e oitenta e quatro reais). Representante: Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal - CRF/DF. Representados: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda, Akzo Nobel Ltda - Divisão Organon, Bayer S/A, Boeringher Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda, Bristol-Myers Squibb Brasil S/A, BYK Química Farmacêutica Ltda, Centeon Farmacêutica Ltda, Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal, Eli Lilly do Brasil Ltda, Eurofarma Laboratórios Ltda, Glaxo Wellcome S/A, Hoeschst Marion Roussel S/A, Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S/A, Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda, Laboratórios Biosintética Ltda, Laboratórios Whyeth-Whitehall Ltda, Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda, Produtos Roché Química e Farmacêutica S/A, Sanofi Winthrop Farmacêutica Ltda, Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda, SEARLE do Brasil Ltda. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 13 de outubro de 2005.

_____. Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração. Pedido de Reapreciação no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Não acolhimento da preliminar de impedimento da Procuradora-Geral do CADE. Apresentação tempestiva. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Preliminarmente, pelo conhecimento do recurso em razão da existência de fato novo. Afastamento de questão de ordem quanto à impossibilidade do Conselheiro Ricardo Cueva votar em questões que o Relator anterior, Thompson Andrade, não tenha votado. Questão de ordem preliminar, argüida pela Impugnante Kraft, de não conhecimento do pedido de reapreciação não conhecida. Questão de ordem preliminar de insubsistência do voto do Conselheiro Thompson Andrade, argüida pelo Ministério Público Federal, indeferida.

Pedido de desinvestimento parcial. Alternativa proposta qualitativamente inferior à decisão tomada no Ato de Concentração. Não preenchimento das condições do § 1º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94. No mérito, pelo não provimento. Manutenção da decisão anterior. *Pedido de Reapreciação no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89*. Conselho Administrativo de Direito Econômico. Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. E Chocolates Garoto S/A. Brasília. Requerido: CADE. Relator: Thompson Andrade. Brasília, 5, de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t11172007347410020.pdf>> . Acesso em: 2 dez 2010.

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2011.

BRASIL. **Decreto-lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCivil/Decreto-Lei/Del7666.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. **Lei n. 1.521, 26 de dezembro de 1951**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1521.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. **Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1950-1969/L4137.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.078, 11 de setembro de 1990**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 1 jan. 2011

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm#art92>>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Secretaria de Acompanhamento Econômico**. Brasília, 2011. Disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 10 fev 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Portal de Transparência do Governo Federal**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/faleConosco/perguntas-tema-despesa-transferencia.asp>> Acesso em: 22 out. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Hiperplasia prostática. Médico que receita Unoprost 2 mg (nome comercial), sem indicar a Denominação Comum Brasileira (DCB) – Fármaco ou princípio farmacologicamente ativo. Infração ao art. 3º da Lei 9.787/99 (Lei dos Genéricos). Art. 3º As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI). (...) § 2º Nas aquisições de medicamentos a que se refere o *caput* deste artigo, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço. (...) O médico, como profissional indispensável à administração da saúde, tem responsabilidades que devem ser cumpridas com rigor, dentre elas a de receitar segundo a lei. *Apelação Cível n. 2008.03128-0*. Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Estado de Santa Catarina Apelado: Francolino Colombo Apelado: Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Quilombo, 9, de setembro de 2008. Disponível em: < http://www.prawobusca.com.br/paginas_texto/pagina.php?id=18&p=143_2008_752&d=2008_10_14>. Acesso em: 5 set 2010.

CARPENA, Heloísa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTO, Ebenézer Pereira. O abastecimento alimentar no Brasil de 1930 à atualidade. In: IV CONGRESSO BRASILEIRO DE HISTÓRIA ECONÔMICA & 5ª CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE HISTÓRIA DE EMPRESAS. Anais do... São Paulo: FEA/ USP, 2001.

FARINA, Elizabeth M. M. Q.; AZEVEDO, Paulo F. A fusão e seus efeitos no mercado de cervejas In MATTOS, Cesar. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FONSECA, José Julio Borges. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas: 1997.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

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

MATTOS, César. Concentração no Setor Farmacêutico: A aquisição da Frumtost pela Allergan. In MATTOS, Cesar. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003.

NUNES, Paulo. **Concorrência perfeita**. Disponível em: <<http://www.knoow.net/cienceconemp/ economia/concorrperfeita.htm>>. Acesso em: 3 set. 2010.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PERES FILHO, José Augusto. Direito de opinar como direito básico do consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 306, 9 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5208>>. Acesso em: 31 out. 2010.

PORTO, Patrícia Carvalho da Rocha. A concorrência desleal e o crime de falsa alegação de direito de exclusiva. **Universo Jurídico**, Rio de Janeiro, 14 set. 2007. Disponível em: <

http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4269/A_CONCORRENCIA_DESLEAL_E_O_CRIME_DE_FALSA_ALEGACAO_DE_DIREITO_DE_EXCLUSIVA#topo>. Acesso em: 10 nov. 2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da Livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, n.6, abr./jun. 2005.

RODRIGUES, Lorena. Nestlé faz proposta para manter Garoto. **Folha.com**, Brasília, 2011. Seção Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/896403-nestle-faz-proposta-para-manter-a-garoto.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In MATTOS, Cesar. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003.

STRUCHEL, Andréa Cristina de Oliveira. Ação governamental e o Poder Executivo Municipal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 660, abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6636>>. Acesso em: 4 nov. 2010.