



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS
JURÍDICAS

HENRIQUE CARMO MAGALHÃES SENNA

**A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS
DECISÕES DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE**

BRASÍLIA

2013

HENRIQUE CARMO MAGALHÃES SENNA

**A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS
DECISÕES DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE**

Monografia apresentada junto ao Curso de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB para obtenção do título de bacharel.

Orientadora: Professora Neide Teresinha Malard

BRASÍLIA
2013

HENRIQUE CARMO MAGALHÃES SENNA

**A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS DECISÕES
DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE
DEFESA DA ECONÔMICA - CADE**

Monografia apresentada junto ao Curso
de Ciências Jurídicas do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB
para obtenção do título de bacharel.
Orientador: Professora Neide Teresinha
Malard

Aprovado em: 14/11/2013

BANCA EXAMINADORA

Professora Neide Teresinha Malard

Professora Karla Margarida Martins Santos

Professor José Rossini Campos do Couto Correa

AGRADECIMENTOS

O conhecimento é o único bem que levamos desta vida.

Esta vitória não é somente minha, é também de todos que me incentivaram e ajudaram para que eu alcançasse o êxito.

Primeiramente, agradeço aos meus pais Gerson e Sylvia que, com muito empenho me proporcionaram o acesso ao conhecimento, além de exemplos e educação.

Agradeço ao meu irmão Hugo, meus avós Fábio, Anamaria, Gerson e Genoveva, pelo ensinamento através de exemplos, que os esforços resultam em conquistas.

Agradeço à professora e orientadora Neide Malard pelo auxílio, paciência, confiança e ensinamentos.

Agradeço principalmente à minha companheira Suzy, que é minha base e maior exemplo de vida.

Muito Obrigado!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. CAPÍTULO I – A Concorrência como meio e não como fim.....	8
1.1 Os Princípios Constitucionais.....	8
1.2 As Leis de Defesa da Concorrência e a Defesa do Consumidor	11
1.3 A Finalidade da Lei de Defesa da Concorrência	14
1.4 A Teoria do Consumer Welfare	15
2 CAPÍTULO II – Análises de Votos e Julgamentos do CADE	19
2.1 Abordagem do Bem-estar do Consumidor nas decisões de Atos de Concentração	20
Colgate / Kolynus	
Nestlé / Garoto	
Sadia / Perdigão	
SKY / DirecTV	
Rede D’or / Santa Lúcia	
2.2 Abordagem do Bem-estar do Consumidor nas decisões de Processos Administrativos – Cartéis	25
Cartel das Vitaminas	
Cartéis dos Combustíveis	
Cartel da Ponte Aérea	
Cartel das Britas	
Cartel dos Táxis	
2.3 Abordagem do Bem-estar do Consumidor nas decisões de Processos Administrativos – Cláusulas infratoras à Ordem Econômica	30
Globo - Clube dos Treze	
Microsoft / TBA	
Xerox	
AMBEV	
UNIMED	
White Martins	
Shopping Iguatemi	
3 CAPÍTULO III – Uma análise das decisões do CADE em defesa da concorrência.....	38
3.1 Conclusões Opinativas dos Casos Estudados	38
3.2 Tabela Demonstrativa da Defesa do Consumidor nas Decisões do CADE	48
3.3 Conclusão	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

RESUMO

A presente pesquisa dogmática-instrumental tem por objetivo demonstrar a inserção da defesa do consumidor nas decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, tanto em processos instaurados para a repressão das práticas anticoncorrenciais, quanto em atos de concentração econômica. São abordadas a origem, história e evolução das normas e princípios constitucionais e do direito da concorrência que prestigiam a defesa do consumidor, bem como a teoria do bem-estar do consumidor. As conclusões são retiradas da análise de decisões proferidas pelo CADE em processos relativos a condutas e a atos de concentração, envolvendo diversos produtos e serviços, sobretudo aqueles que são objeto de escolha direta por parte dos consumidores.

ABSTRACT

This dogmatic-instrumental research aims to demonstrate the integration of consumer decisions rendered by the Conselho Administrativo de Defesa Econômica, both in proceedings for the enforcement of anti-competitive practices, and in acts of economic concentration. They are addressed to the origin, history and evolution of constitutional standards and principles of competition law that prestige to the defense of the consumer, as well as the Consumer Welfare Theory. The conclusions are drawn from the analysis of decisions made by CADE in proceedings relating to conducts and acts of concentration involving various products and services, especially those that are object to direct choice by consumers.

INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, que tem como objetivo apurar e reprimir abusos do poder econômico e infrações à ordem econômica do Brasil. Após a implementação da Lei nº 12.259/2011, ele passou a ser constituído por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, por uma Superintendência-Geral, além de um Departamento de Estudos Econômicos, todos com o apoio jurídico de uma Procuradoria Federal. No CADE também atua o Ministério Público Federal, na qualidade de fiscal da lei.

O Tribunal do CADE é um órgão judicante, composto de seis Conselheiros e um Presidente, todos nomeados pelo presidente da República e aprovados em votação no Senado Federal. Compete ao Tribunal, o julgamento dos processos administrativos e apreciação prévia de atos de concentração econômica, podendo aprova-los ou não.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a consideração que se faz nas decisões do CADE acerca dos interesses e direitos dos consumidores, seja em processo de apuração das condutas anticompetitivas, seja nos processos de apreciação dos atos de concentração econômica.

O tema foi escolhido a partir do meu interesse pelo Direito Concorrencial, que objetiva não somente a proteção de um mercado concorrencial capaz de assegurar o livre exercício da iniciativa econômica, como também propiciar oportunidades de escolha para o consumidor.

O meu contato direto com o CADE durante o meu estágio acadêmico me propiciou a oportunidade de conhecer as decisões do Conselho, despertando em mim o espírito crítico no tocante às extensas considerações econômicas apresentadas nos votos e a pouca assertividade no tocante aos direitos dos consumidores.

Não obstante a pouca inserção dos interesses dos consumidores nas principais decisões do CADE trazidas neste estudo, é importante defender que ela existe e que poderá ser incrementada, pois esta tem sido a tendência de outras jurisdições que têm servido de modelo ao CADE, como a norte-americana e a europeia.

A discussão do tema apresentada neste trabalho está estruturada em três capítulos.

No primeiro, são apresentados os princípios constitucionais e a evolução histórica da Lei de Defesa da Concorrência, no que diz respeito à inserção do consumidor no contexto do direito concorrencial, além de se abordar a teoria do Consumer Welfare. No segundo capítulo, analisarei casos concretos de atos de concentração e condutas analisados e julgados pelo CADE, com o foco na consideração do consumidor em seus referidos votos. Por fim, no terceiro e último capítulo, apresentarei considerações e críticas de cunho pessoal em face dos votos analisados.

Espero contribuir com este trabalho para uma melhor compreensão da interface entre o direito da concorrência e a defesa do consumidor.

1 CAPÍTULO I – A Concorrência Como Meio e Não Como Fim

O Capítulo I tem por objetivo introduzir o leitor no âmbito normativo do Direito Concorrencial, apontando a defesa dos interesses dos consumidores nesta esfera.

O primeiro tópico aborda os princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor, que dentre outros orientam as normas específicas do Direito Concorrencial.

No tópico nº 2, serão abordadas as previsões normativas que interligam os interesses do consumidor com o Direito Concorrencial. Demonstrarei a evolução histórica e conteúdo das Leis de Defesa da Concorrência para que delas se tenha um entendimento amplo, focando-se nas delimitações do tema deste trabalho.

O tópico seguinte consiste na análise do artigo 1º da Lei de Defesa da Concorrência, enquanto o quarto e último tópico apresenta a teoria do bem-estar do consumidor, seu conceito, sua origem e seus objetivos.

1.1 Os Princípios Constitucionais da Livre Concorrência e da Defesa do Consumidor

A ação intervencionista do Estado é característica das sociedades capitalistas. A intervenção estatal em nossa ordem jurídica rege-se por princípios constitucionais dispostos na ordem econômica, precisamente no art. 170 da CF.

Para tratar sobre princípios, torna-se necessária melhor compreensão sobre seu conceito e significado. Princípios, conforme consta no Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva (2002, p. 53), significa, *literis*:

“Princípios. No sentido, notadamente no plural, significa as *normas elementares* ou *requisitos primordiais* instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos *axiomas*. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de

ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos”.

Os princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor estão expressos no Art. 1º da Lei nº 12.259/2011, devendo tal diploma por eles também se orientar. Este artigo será especificamente analisado mais adiante.

O princípio constitucional diretamente associado ao Direito da Concorrência é o princípio da livre concorrência, disposto no artigo nº 170, IV, da Constituição Federal.

A livre concorrência é a afirmação da liberdade de mercado e assegura aos agentes econômicos a liberdade de atuar sem embaraço, na produção e circulação de mercadorias, o que certamente favorece os destinatários finais nas relações de consumo.

O princípio da livre concorrência é a base dos instrumentos legais de repressão ao abuso de poder econômico, tendo, também, a capacidade de dar apoio jurídico à implementação de uma política de controle das estruturas de mercado, de sorte que em nenhum produtor ou fornecedor tenha meios de controlar preços e produção nem erguer barreiras ao ingresso no mercado de novos fornecedores e consumidores, a qualquer momento.

Em mercados onde vigora a liberdade de concorrência, os preços praticados tendem a se manter nos menores níveis possíveis e as empresas são incentivadas a buscar constantemente meios de se tornarem mais eficientes para que possam conquistar consumidores e aumentar os seus lucros, o que resulta em maior e mais justa circulação de riquezas.

Também no artigo 170 da CF, que apresenta os princípios da ordem econômica, encontra-se no inciso V, o princípio da defesa do consumidor.

José Afonso da Silva, acerca do supracitado dispositivo constitucional, observa (2006, p. 139):

“Realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se a isso com

a consideração do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. Isso naturalmente abre larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura”.

A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica constitui, ainda, a afirmação de um direito fundamental positivo de proteção do Estado, disposto no artigo 5º, inciso XXXII da CF¹.

A inserção deste princípio dentre aqueles que regem a ordem econômica importa na necessidade de se zelar para que a produção e o fornecimento de bens e serviços de consumo sejam consentâneos com as necessidades e interesses dos consumidores. Dessa forma, a regulação da ordem econômica, em específico da concorrência, deve ser interpretada como um meio para a defesa do consumidor. Trata-se a tutela do Consumidor de comando constitucional a ser observado na sua mais absoluta amplitude.

A importância do diálogo da defesa da concorrência com outros valores econômicos é assim explicada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1998, p. 93), *verbis*:

"A defesa da concorrência, cuja guarda compete ao Estado, mas que não exclui a iniciativa privada, deve ser entendida no contexto mais amplo da Ordem Econômica constitucional. A livre concorrência, nestes termos, é um dos seus princípios, devendo, assim, conviver harmonicamente com os demais (art. 170 e incisos). Ou seja, não se pode defender a concorrência à custa da soberania nacional, do consumidor, do meio ambiente, da redução de desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, do tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte.”

Assim, impõe-se a harmonia entre os princípios constitucionais da ordem econômica, para que se possa alcançar a finalidade deste, que é a existência digna conforme os ditames da justiça social.

Os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, segundo Taís Cruz Habibe (2004, p. 229), são intimamente ligados: “Prevenindo e reprimindo os abusos que possam afetar a livre concorrência, os efeitos da lei atingem indiretamente os consumidores, em que repercutirão os benefícios de sua ação quando adquirirem o produto

¹ Artigo 5º, XXXII, CF/88: Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

final por livre escolha e a um preço justo”.²

Assim, é importante observar a complementariedade entre os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, os quais devem ser sempre considerados na regulação estatal do domínio econômico, porquanto sem consumidores não faz sentido a produção de bens e serviços.

1.2 As Leis de Defesa da Concorrência e a Defesa do Consumidor

A evolução do Direito Concorrencial, segundo Paula Forgioni (2006, p. 35) passa por três momentos marcantes da história: o da regulação por razões práticas; o da regulação para proteção de mercado; e, por fim, o da regulação como instrumento de política pública.

A primeira fase perdurou da antiguidade até o início do mercado liberal. Nela, o Estado passou a regular e fiscalizar a atividade econômica, já com a finalidade de proteger o consumidor, que na época, era facilmente corrompida pelos atos dos produtores e fornecedores monopolistas.

O segundo período confunde-se com o surgimento do mercado liberal. Nesta fase, criou-se a ideia de que o mesmo mercado deveria ser livre da intervenção estatal e simultaneamente disciplinado para evitar efeitos autodestrutíveis, revelando assim, uma perspectiva mais econômica da participação do Estado.

É importante ressaltar que neste período, mais precisamente em 1791, fora criada na França, a Lei de *Le Chapelier*, na qual foram defendidas as ideias da "livre empresa" e da iniciativa privada. Muito conhecida por proibir os sindicatos, as greves e as manifestações dos trabalhadores, a mesma aboliu as corporações de ofício, muito comuns na época, início da Revolução Francesa.

O terceiro e mais significativo período foi cenário de dois importantíssimos fatos para o aumento gradativo da intervenção estatal na ordem econômica: a 1ª Guerra Mundial

² HABIBE, Taís Cruz. *Cartel e consequências para o consumidor*. Revista de Direito do Consumidor nº 52. p. 229.

e a Crise Econômica de 1929. Estes fatores contribuíram com a ideia de obrigatoriedade desta intervenção para a melhor organização das economias. "É nesse contexto que a concorrência passa a exercer papel central no processo de integração europeia" (BERNINI, 1991, p.30).

Pouco antes destes fatos, a promulgação da *Sherman Act* marcou a criação efetiva do Direito da Concorrência, nos Estados Unidos. Sobre ela, há uma interessante discussão doutrinária. Parte da doutrina defende a ideia de que o propósito deste ato normativo era conseguir maior eficiência do sistema econômico. Outra parte da doutrina já defende que, desde aquela época, o objetivo do legislador era a proteção dos consumidores.

Outra significativa contribuição doutrinária norte-americana para o Direito da Concorrência se refere à "regra da razão", ou originalmente *rule of reason*. Criada também neste período, já evidencia uma antiga consideração do jurista econômico com o consumidor. Segundo essa doutrina, uma prática que possivelmente elimine a concorrência, mas que afinal favoreça o consumidor, poderia ser aceita. Tal doutrina é acolhida por alguns julgados da atualidade, como se verá mais adiante.

Ao estudar o artigo produzido por Catarina Mota de Figueiredo Porto, intitulado *Decisões do CADE e Princípios Constitucionais na Ordem Econômica*, é possível perceber a exploração do contexto histórico e evolução do Direito Concorrencial Brasileiro. A história normativa da regulação econômica brasileira teve início na Constituição Federal de 1934, que se preocupou em garantir a liberdade econômica. Na Constituição seguinte, de 1937, o legislador passou a se preocupar também com a defesa da liberdade individual como fator da prosperidade nacional, dando início, assim, à intervenção estatal no domínio econômico.

Para Maria Cecília Andrade Santos (2002, p. 103):

"Política de concorrência não possui um conceito estático. O seu significado sofreu e sofre no decurso da história e dependendo dos valores a serem defendidos num determinado contexto histórico, social e econômico, o objetivo buscado pela 'política de concorrência' irá sempre mudar, assim como sua legislação."

Outro marco legal importantíssimo na evolução normativa da concorrência é o Decreto-Lei nº 869/38, que, segundo alguns autores, pode ser considerado a primeira Lei de Defesa da Concorrência brasileira, tendo como foco a economia popular.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica só chegou a ser criado em 1945, mediante o Decreto-Lei nº 7.666/45, conhecido como a Lei Malaia, que atribuiu ao CADE competência para apurar atos ou fatos jurídicos contrários à economia popular.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. discorre assim sobre o citado diploma legal: (2009, p. 08):

"O advento do Decreto-lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945, de Agamenon Magalhães, destinado a coibir "os atos contrários à ordem moral econômica", criando, pela primeira vez uma "Comissão Administrativa de Defesa Econômica", mostrava um país ainda não suficientemente receptivo a uma ordenação deste gênero. Tanto que nunca chegou a atuar efetivamente, sendo revogado com a derrubada do Estado Novo. Alguma coisa importante, no entanto, ficava. Por exemplo, a substituição da expressão "crimes contra a economia popular" por "abuso do poder econômico".

Posteriormente, promulgou-se a Lei nº 4.137/64 que estabeleceu regras de combate ao abuso do poder econômico, tal como competição desleal, especulação abusiva, conclusão e acordos entre competidores, aumento abusivo dos preços, dentre outras. Sete anos passados, houve a decretação da Lei nº 8.158/71 sem muitas alterações significativas.

Já em 1990, foi promulgada a Lei nº 8.137/1990 que, por sua vez, previu crimes de ordem tributária, econômica e outras relações de consumo. Apenas um ano depois, o Estado promulgou a Lei nº 8.158/91 que instituiu novas normas de defesa da concorrência.

Em 1994, foi criada a Lei nº 8.884/94, que pode ser considerada um grande marco de renovação do ordenamento jurídico no âmbito do direito concorrencial. O CADE tornou-se autarquia federal, obtendo assim uma maior independência e mais poderes.

Nesta lei, o CADE contava também com o auxílio da Secretaria de Direito Econômico, departamento do Ministério da Justiça, que tinha como função apurar infrações econômicas para que o CADE as julgasse. Competia-lhe, ainda, analisar os atos de concentração e sugerir ao CADE sua aprovação ou não.

O referido texto normativo já continha artigos que previam a consideração do consumidor na análise das relações interempresariais significantes para a ordem econômica do país. Um exemplo deles é seu próprio artigo 1º, que já apresentava a defesa dos consumidores como princípio orientador de aplicação da lei.

A última atualização da legislação de defesa da concorrência ocorreu no ano de 2011, por meio da Lei de nº 12.529, que alterou a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa

da Concorrência. Os poderes e funções do CADE foram ampliados, passando a autarquia a assumir as funções antes desempenhadas pela Secretaria de Direito Econômico e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Contudo, a nova lei não alterou os princípios norteadores de aplicação de suas normas, dentre eles permanecendo o da defesa do consumidor.

Desta forma é possível observar que a consideração do consumidor tem origem na própria razão de ser das intervenções estatais no domínio econômico, sendo mesmo o seu bem-estar o próprio fim de toda a regulação estatal.

1.3 A Finalidade da Lei de Defesa da Concorrência

O artigo 1º da Lei de Defesa da Concorrência, a de nº 12.529/2011, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica nos seguintes termos:

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.

Nota-se que o artigo supracitado contempla os princípios constitucionais orientadores do direito concorrencial, dentre eles o da livre concorrência e do da defesa do consumidor, já analisados anteriormente no presente trabalho.

O artigo em questão traduz a necessidade de a regulação da concorrência se orientar por determinados princípios, ou seja, são aqueles princípios, e não outros, que devem ser valorizados na interpretação da norma concorrencial.

Os princípios referenciados no artigo em tela não se apresentam de forma hierárquica entre si, logo, não se deve concluir pela prevalência de um sobre outro.

A definição da coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei em pauta, apresentada no parágrafo único do artigo supramencionado, reforça a ideia de proteção ao consumidor como seu objetivo. Este entendimento provém do fato de que a

coletividade é a representação da pluralidade dos consumidores.

Portanto, a partir da análise do artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, reforça o entendimento de que a defesa da concorrência e sua normatização devem observar todos os meios de proteção ao consumidor.

1.4 A Teoria do *Consumer Welfare*

A teoria do *consumer welfare*, que pode ser traduzida como a Teoria do Bem-estar do Consumidor, é assim definida por Katlin Judith Cseres:

“O Bem-estar do Consumidor é definido como a maximização do excedente/lucro para o consumidor. Realiza-se através da geração de benefícios econômicos diretos e explícitos para o consumidor de um produto, medindo-se o ganho pelo preço/qualidade do produto. O objetivo principal da Lei de proteção à concorrência pautada por este padrão é prevenir o aumento dos preços ao consumidor devido ao exercício do poder de mercado por empresas dominantes.”³

A teoria do *consumer welfare* tem origem na teoria econômica e foi criada justamente para proteger os destinatários finais das relações interempresariais de porte significativo, com o objetivo de direcionar os agentes reguladores no sentido de considerarem os consumidores na elaboração de suas normas, uma vez que estes, ainda que não envolvidos diretamente em tais relações, são diretamente por elas afetados. Para a economia, o bem-estar do consumidor consiste nos benefícios por ele auferidos mediante o consumo de produtos e serviços.

A teoria do *consumer welfare* foi criada a partir do questionamento do doutrinador norte-americano Robert Bork, quanto aos objetivos da Lei de Defesa da Concorrência criada nos Estados Unidos.

Bork defendia que seu único objetivo era o bem-estar do consumidor.⁴ Defendia, também, que a já mencionada Lei *Sherman* representava a teoria do *consumer welfare*,

³ CSERES, Katlin Judith. *Competition Law and Consumer Protection*. European Monographs Series. Hague: Ed. Kluwer Law International, 2005.

entendimento que foi seguido por muitos anos pela Suprema Corte Americana.

Segundo Barak Orbach, a teoria do *consumer welfare*, apesar de compreensível com facilidade no âmbito da economia, ainda tem problemas no Direito Concorrencial, onde se apresenta confusa e, portanto, bastante debatida. O referido autor tece críticas às ideias de Robert Bork, afirmando que o conceito de bem-estar do consumidor proposto por este encontra-se ultrapassado. Defende Orbach⁵ que Bork conceituou o bem-estar do consumidor de forma parcial, determinando-o como consequência da eficiência do mercado.

Barack explica que o conceito de Bork permite concluir que qualquer mercado eficiente provoca o bem-estar do consumidor, o que para ele não condiz com a realidade. Eficiência e bem-estar do consumidor, dentre outras, são características da microeconomia, não necessariamente alinhadas, e muito menos uma consequência da outra.

Também o festejado Hovencamp (2011, p. 09), não ficou alheio a esse debate afirmando que “teoricamente até mesmo uma pequena lesão aos consumidores supera ganhos significativos de eficiência. Neste sentido, o teste de bem-estar do consumidor pode ser mais fácil de administrar em uma base caso a caso de testes de bem-estar geral.”⁶

Como conclusão de sua análise à teoria em tela, Barack afirma que:

“The Methodology of antitrust law cannot maximize the consumer welfare it may maximize consumer surplus or total surplus”. (A Metodologia da lei antitruste não pode maximizar o bem-estar do consumidor, deve maximizar o excedente do consumidor ou excedente total).

O excedente do consumidor a que se refere o texto consiste no ganho monetário obtido pelos consumidores, porque eles são capazes de comprar um produto por um preço menor que o preço mais alto do que os que eles estariam dispostos a pagar. Este termo é conhecido na economia como *Marshallian surplus*, em homenagem ao grande economista neoclássico Alfred Marshall.

A referida afirmação confirma a necessidade de o bem-estar do consumidor ser analisado em ambiente específico, em relação ao mercado relevante do caso concreto, em

⁴ BORK, *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, p. 51. 1978.

⁵ ORBACH, Barak, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox* (February 28, 2011). *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 7, No. 1, pp. 133-164, 2011; Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 10-07. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1553226>.

contrariedade à ideia inicial de Bork, que defendia a teoria do *consumer welfare* em âmbito macroeconômico.

A inclusão do bem-estar do consumidor como um dos objetivos centrais da política de defesa da concorrência é assunto que ainda causa vasta divergência doutrinária também no Brasil. A doutrina seguida majoritariamente, defende a referida inclusão, de modo que os representantes estatais tentam segui-la quando oportuno. O objetivo do presente trabalho é exatamente dimensionar, dentro de casos específicos, a prática desta inclusão.

Para o Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, importante jurista concorrencial do Brasil:

“Bem-estar do consumidor é o interesse específico dos destinatários finais econômicos do produto ou serviço que compõe o mercado relevante, não se confundindo com o bem-estar agregado ou com a eficiência econômica.”⁷

Ante tal definição, pode-se observar a relação necessária que deve haver entre a política de defesa econômica e a de proteção do consumidor. Segundo Pfeiffer, ela não se limita à constatação de efeitos reflexos trazidos pela competição entre as empresas que beneficiam os consumidores, mas também vincula a atuação das autoridades responsáveis pela sua execução.

Pfeiffer ainda afirma que a legislação de defesa da concorrência não se presta a uma proteção direta do consumidor individual, mas sim mediata ou indireta, uma vez que não adjudica diretamente aos consumidores. Desta forma, a política de proteção da concorrência requer que para serem restringidas as operações ou condenadas as condutas, deve haver infração à ordem econômica, não podendo apenas haver danos aos consumidores.

Esta conclusão de Pfeiffer bem demonstra o impasse que envolve a consideração do consumidor por parte do CADE ao analisar casos concorrenciais. Tal impasse, que será demonstrado adiante, deve ser superado conformando-se as medidas protetivas do consumidor na esfera sobretudo do controle dos atos de concentração.

⁶ HOVENKAMP, Herbert J., Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust (August 3, 2011). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1873463>

⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São

Assim, pode-se concluir que a teoria do bem-estar do consumidor tem como objetivo orientar as intervenções estatais nas ações que dizem respeito ao domínio econômico, devendo ser levada em consideração, não na formulação de Bork, pelo CADE, nos julgamentos de atos de concentração e de condutas anticoncorrenciais.

2 CAPÍTULO II – ANÁLISES DE VOTOS E JULGAMENTOS DO CADE

O Capítulo II consiste no estudo dos votos e acórdãos dos Conselheiros do CADE referentes a 17 casos julgados de diferentes mercados relevantes.

Quanto aos mercados relevantes, foram analisados mercados de produtos de consumo direto dos consumidores em âmbitos diversos da economia, produzidos ou fornecidos por empresas que atuam em âmbito internacional, nacional, regional e municipal. Tamaña diversidade tem por propósito apresentar o entendimento do CADE em situações divergentes e incomuns.

São julgamentos de Atos de Concentração de grande significância e de Processos Administrativos referentes a condutas infringentes à ordem econômica, como cartéis e imposições de cláusulas contratuais abusivas.

Os votos e pareceres foram analisados sob uma perspectiva específica, a existência ou não da consideração dos consumidores por parte dos Conselheiros do CADE. São análises sucintas, que apresentam um breve relatório de cada caso, seguido da exposição de argumentos pertinentes ao assunto do presente trabalho.

As análises foram organizadas de acordo com o tipo de operação ou conduta, na seguinte ordem:

Atos de Concentração:

Colgate / Kolynus

Nestlé / Garoto

Sadia / Perdigão

SKY / DirecTV

Rede D'or / Santa Lúcia

Processos Administrativos - Cartel

Cartel das Vitaminas

Cartéis dos Combustíveis

Cartel da Ponte Aérea

Cartel das Britas

Cartel dos Táxis

Processos Administrativos – Cláusulas Contratuais Infratoras à Ordem Econômica

Globo - Clube dos Treze

Microsoft / TBA

Xerox
AMBEV
UNIMED
White Martins
Shopping Iguatemi

2.1 Abordagem do Bem-estar do Consumidor das Decisões do CADE de Atos de Concentração

Neste tópico serão apresentados Atos de Concentração de grande relevância e a abordagem do bem-estar do consumidor nas decisões proferidas pelo CADE.

A Lei de Defesa da Concorrência vigente traz o conceito legal de ato de concentração. Realiza-se um ato de concentração quando:

- I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
- III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

A grande parte dos atos aqui apresentados foram analisados à luz da Lei nº 8.884 de 1994. No entanto, as operações se enquadram na atual definição legal de ato de concentração.

Ato de Concentração Colgate / Kolynos

O ato de concentração Kolynos-Colgate, examinado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômico – CADE, em 1996, correspondeu à aquisição da Kolynos do Brasil S/A pela Colgate-Palmolive Company. O grande impasse da referida fusão seria a significativa concentração no mercado de cremes dentais, porque à época, 1994, a Colgate detinha 25,6% do mercado, a Kolynos, 52,5% e a Gessy Lever, única concorrente à altura, 18,2%.

Para resolver essa dificuldade foi tentada uma solução comportamental, a retirada da marca Kolynos do mercado de cremes dentais por quatro anos, proposta idealizada pelo CADE, que tinha por fim evitar o monopólio da Colgate no referido mercado. A Kolynos acolheu e efetivou a proposta.

Tal monopólio poderia acarretar em prejuízos irreparáveis ao consumidor, como o aumento das barreiras à entrada de concorrentes, infração grave à ordem econômica, ou abuso de preços.

Entretanto, rapidamente a Colgate-Kolynos criou outra marca, a Sorriso, para abrigar os consumidores da Kolynos, mantendo para isto diversas semelhanças claras entre ambas, fatores não considerados pelo CADE.

A empresa alegou que o público alvo e por consequência o mercado específico da nova marca seria diverso do mercado da Colgate, o que afastaria o monopólio. Argumentação incrivelmente aceita pelos Conselheiros, resultando na aprovação do Ato de Concentração sem maiores restrições quanto à nova marca.

Contudo, ao longo do tempo, foi-se comprovando que os mercados específicos dos cremes dentais em questão não apresentavam tanta diferença e, por consequência, a Colgate passou a monopolizar o mercado de cremes dentais no Brasil, com a anuência do CADE.

Ato de Concentração Nestlé/Garoto

O Ato de Concentração entre duas grandes empresas da indústria alimentícia do país, Nestlé e Garoto, foi realizado mediante a subscrição e integralização, pela Nestlé, de novas ações emitidas pela Garoto, o que ocasionou no controle total desta por aquela.

Em decisão por maioria, o CADE decidiu pela reprovação da operação em questão, para evitar a acentuada participação da Nestlé, que se tornaria possuidora de 63% do mercado geral de chocolates.

Os produtos feitos e derivados de chocolate são produtos de consumo direto, destinados aos consumidores finais, razão pela qual estes foram levados em consideração pelo CADE, em suas análises.

Em um dos votos, o do Conselheiro Pffeifer, destacou-se expressamente o disposto no §1º do art. 54 da Lei 8884/94, vigente à época, que tratava sobre os pressupostos de aprovação de Atos de Concentração, especificamente seu inciso II, que estabelecia a necessidade de que os benefícios da operação fossem repassados aos consumidores. Afirmou-se nesse voto que tal repasse seria inviável, caso se admitisse o monopólio do mercado relevante.

Em outro voto, o do Conselheiro Prado, destacou-se o estudo sobre as eficiências da operação, declarando-se a importância da avaliação dos impactos da fusão sobre o bem estar do consumidor, para concluir que, em razão do monopólio resultante da operação e das barreiras à entrada de concorrentes, características do mercado em questão, haveria um desincentivo à redução de preços aos consumidores, o que deveria acontecer para que a operação fosse aprovada.

Verifica-se, assim, que neste caso foi considerado o interesse consumerista, preocupando-se o CADE com a proteção do mercado e dos consumidores, decidindo o Conselho pela reprovação do ato de concentração, não apenas com uma fundamentação legal, mas também com base nos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Ato de Concentração Sadia / Perdigão

Um caso importante de ato de concentração julgado pelo CADE nos últimos anos diz respeito à operação realizada entre duas grandes empresas brasileiras do ramo de alimentos, a Sadia S/A e a Perdigão S/A. Trata-se da incorporação das ações da Sadia pela Perdigão S.A., que passa a ser denominada BRF Brasil Foods S/A, e se transforma, assim, na maior empresa produtora de alimentos processados do Brasil.

Este Ato de Concentração gerou inúmeras divergências entre os Conselheiros do CADE, representantes da SEAE-MF, SDE-MJ e PROCADE. Trata-se de operação bastante complexa, por englobar muitos mercados relevantes. Vencido o relator, que opinou pela total desconstituição da operação, a maioria decidiu pela aprovação com restrições.

Tais restrições consistiram na retirada de uma série de produtos das marcas Perdigão e Batavo, empresas do grupo, do mercado por tempo determinado, de três a cinco anos, dependendo do produto e do nível de monopólio de seu mercado. Outra medida imposta pelo CADE foi a venda de cadeias completas de produção, objetivando a diminuição do poder de produção da BRF.

As medidas supracitadas foram determinadas a partir da comprovação, mediante estudos e pareceres, de que diversos mercados relevantes dos quais as requerentes participavam seriam monopolizados pela BRF em até 90%.

Ambos os votos do relator e de vista tiveram por base princípios da ordem econômica e a legislação específica de defesa da concorrência. Dentre os argumentos apresentados, ambos os votos contemplaram os interesses dos consumidores.

O Conselheiro-relator, ao se opor à contratação, argumentou que a aprovação do ato traria danos severos a grande parte dos consumidores, em razão de se tratarem de produtos de necessidade básica e consumo extremamente frequente. Ademais, o monopólio inevitável do mercado permitiria que empresas aumentassem preços, o que seria maléfico para a economia do país. Segundo o relator, mesmo com a imposição de diversas restrições, devido ao fato de não haver concorrentes equivalentes, a tendência seria de que os consumidores dos produtos da Perdigão e Batavo, retirados de circulação, migrassem para a Sadia, resultando naturalmente em verdadeiro monopólio, em prejuízo do consumidor.

Pode-se afirmar que, neste caso, a situação do consumidor foi objeto de preocupação do CADE, que procurou impor medidas que atenuassem os prejuízos que decorriam da operação em tela.

Ato de Concentração SKY / DirecTV

A fusão entre as maiores empresas brasileiras do mercado de distribuição do serviço de televisão remunerada – SKY e Direct TV, foi aprovada pelo CADE, com restrições, em 2006.

A união das sociedades anônimas DirecTV e SKY resultou na segunda maior empresa do Brasil no mercado de distribuição de televisão paga, ficando atrás apenas da

NET. Esse mercado é subdividido em dois segmentos: o do serviço fornecido via satélite e o do serviço fornecido mediante cabeamento.

Mesmo havendo outra maneira de distribuição de televisão paga, a fusão supracitada resultou no monopólio da SKY BRASIL (nome resultante da fusão) do mercado específico de fornecimento de tv paga via satélite.

Ao longo do processo, foi constatado que em diversos municípios do Brasil, o único serviço oferecido de televisão paga era por satélite, o que comprova o total domínio da SKY.

As requerentes alegaram que, com a fusão, os investimentos em tecnologia e infraestrutura aumentariam, resultando em mais abrangente e sofisticado fornecimento do serviço. Isto de fato ocorreu, inclusive melhores políticas de distribuição foram implementadas, favorecendo, neste aspecto, o consumidor.

O CADE determinou algumas restrições para a aprovação do ato de concentração, dentre elas o tabelamento nacional dos valores dos serviços pelo período de cinco anos, com o objetivo de não prejudicar as localidades monopolizadas.

No caso em questão, foram observadas as consequências diretas do ato sobre os consumidores de regiões afastadas, de sorte a fundamentar a restrição supracitada. Contudo, a coletividade em geral não foi considerada, tendo os votos dos Conselheiros mencionado apenas os possíveis efeitos no mercado.

Entretanto, os consumidores foram efetivamente mencionados pelas requerentes, que apresentaram em suas argumentações, possíveis benefícios provenientes da operação, esclarecendo, ademais, que vantagens aos consumidores faziam parte dos objetivos do ato de concentração.

Ato de Concentração Rede D'or / Hospital Santa Lúcia

Um caso importante para o estudo empreendido nesta monografia é o ato de concentração realizado entre a Rede D'or e o Medgrupo, em Brasília, DF.

A aquisição pela Rede D'or de ativos do Medgrupo foi aprovada com restrições, tendo o CADE condicionado a operação à venda de um dos dois hospitais gerais de alta

complexidade, os quais, em razão da operação, ficaram sob o controle da Rede D'or, resultando em verdadeiro monopólio no segmento desse tipo de hospital.

No presente ato, ficou comprovado que o poder de mercado da Rede D'or poderia dificultar o acesso de concorrentes e consumidores.

Não obstante a importância do mercado para os consumidores, o CADE não fez considerações específicas sobre os prejuízos que a eles poderiam advir, limitando-se mais aos impactos sobre a concorrência.

2.2 Abordagem do Bem-estar do consumidor nas Decisões de Processos Administrativos - Cartel

Neste tópico, será feita a abordagem acerca do bem-estar do consumidor nas decisões em processos administrativos que tem por objeto a repressão à prática de Cartel.

Quanto ao conceito de cartel, Neide Malard ensina que:

O Cartel é constituído por um número de empresas que disputam o mesmo mercado, na condição de concorrentes, sujeitas às leis de livre concorrência, buscando a preferência dos consumidores no preço e na qualidade de seus produtos. A partir de um dado momento verificam que podem obter lucros mais elevados se fixarem um preço único para seus produtos ou se dividirem entre si os mercados consumidores, ou ainda se estabelecerem uma estratégia conjunta para explorar suas atividades. (...)

O principal objetivo da cartelização é a obtenção de vantagens idênticas às do monopólio, quais sejam, a maximização de lucros. Buscam, assim, os cartéis a eliminação de concorrentes indesejáveis, que se colocam no caminho de suas pretensões.

Para atingir este objetivo, o cartel orienta suas condutas tanto no sentido horizontal – fixando preços, dividindo mercados, ou promovendo acordos com o objetivo de controlar a inovação de produto, estabelecer prazos de entrega, discriminar preços, uniformizar serviços que podem ser prestados ao consumidor, entre outras práticas, quanto no sentido vertical – fixando preços de aquisição de matérias primas ou serviços, impondo a venda casada, organizando esquemas de distribuição, entre outros esquemas.”⁸

⁸ MALARD,. *O Cartel* p. 167.

Caso do Cartel das Vitaminas

O PA nº 08012.004599/1999-18 versa sobre a formação de cartel entre as empresas Roche, Basf e Aventis no mercado de vitaminas no Brasil. Tais empresas já haviam sido condenadas na Europa e EUA pelas mesmas práticas, restrição de ofertas e elevação de preços em diversos tipos de vitaminas. Além de impedir a entrada de vitaminas chinesas, a preços menores, no mercado brasileiro.

Ricardo Vilas Bôas Cueva, Conselheiro-relator do caso, considerou em seu voto, que a formação e o prolongado funcionamento do cartel mundial, de aproximadamente nove anos, permitiram às representadas manter os preços das vitaminas artificialmente elevados, pervertendo a livre concorrência de modo a auferir proveito econômico em detrimento dos consumidores.

Combinações de preços e táticas de vendas e distribuição dos produtos foram comprovadas ao decorrer do processo brasileiro e nos processos ocorridos no exterior. Estas, são práticas ilegais e foram consideradas como infrações à ordem econômica do país.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica considerou as empresas envolvidas culpadas e aplicou multa de R\$4,7 milhões à Basf, R\$847 mil à Aventis e R\$12,1 milhões à Roche, considerada por Ricardo Cueva como “a líder mundial do cartel”. Tais multas correspondem a 15%, 10% e 20% dos faturamentos das respectivas empresas no ano anterior à instauração do PA, 1998.

O mercado em questão refere-se a vitaminas, produto de consumo direto da coletividade. Os conselheiros versaram quanto à importância de tais produtos para a população, sendo considerados de necessidade básica para sobrevivência humana. Luiz Carlos Delorme Prado em seu voto, afirmou grande abuso das empresas em relação ao consumidor no mercado nacional.

O consumidor foi citado e considerado de forma significativa pelas cortes antitruste da Europa e dos EUA quando o cartel em questão foi por elas julgado. Contudo, a partir da análise dos votos do CADE, observa-se que pouco se mencionou quanto ao consumidor, sendo enfatizados, na discussão, os problemas econômicos da prática.

Caso dos Cartéis de Combustíveis

A prática ilícita de formação de cartéis entre postos de gasolina já se tornou comum em diversos estados do país, como Santa Catarina, Goiás, Rio Grande do Sul, Tocantins, Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso, dentre outros.⁹ Os cartéis no mercado de distribuição e comercialização de combustíveis, parte deles consistindo na combinação dos preços entre os proprietários dos postos de gasolina, ferem o princípio constitucional da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Na maioria dos casos, os acusados se defendem argumentando que os preços são definidos a partir da cotação do petróleo e políticas tarifárias do país. Os preços cobrados dos consumidores correspondem ao lucro justo que os proprietários obtêm de seus empreendimentos.

Entretanto, durante as investigações realizadas em alguns processos, foi comprovado que a margem do lucro auferido pelos comerciantes do ramo é bem maior do que eles alegam. Desta forma, é bem possível haver diferenciações entre seus preços. Contudo, a diferenciação de preços não é do interesse dos comerciantes, pois a concorrência dificulta a lucratividade e o seu mercado já está consolidado.

Os combustíveis automotivos são produtos básicos para uma imensa parte da população e de demanda constante. Mesmo havendo muitos postos de gasolina que os comercializem, a demanda aumenta cada vez mais com o crescimento do mercado automotivo.

Poucos dos processos administrativos que trataram dos cartéis de combustíveis versaram sobre os consumidores, ainda que estes fossem os maiores prejudicados por tal prática. Como efeito, o consumidor fica refém dos preços impostos pelos cartéis, em razão do caráter essencial do produto.

Portanto, pode-se observar que a ação do CADE, nos processos que levaram à condenação dos envolvidos, tentou evitar que tal prática tivesse continuidade.

⁹ Ex: PA nº 08012.012676/1999-12; PA nº 08012.011668/2007-30; PA nº 08012.010215/2007-96; PA nº 08012.009906/1999-94; PA nº 08012.009862/1999-11; PA nº 08012.008847/2006-17; PA nº 08012.008166/1999-14; PA nº 08012.007866/2007-07.

Caso do Cartel da Ponte Aérea

O Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 refere-se ao cartel formado entre as companhias aéreas VARIG, TAM, TRANSBRASIL e VASP, cujo objetivo era o aumento de preço das passagens no trecho compreendido entre os aeroportos Santos Dumont, localizado no Rio de Janeiro, e o de Congonhas, localizado na cidade de São Paulo.

Foi comprovado o cartel de preço a partir da descoberta de reunião entre os representantes das empresas em determinado hotel, com o objetivo de combinar novos valores para as passagens no mencionado trecho. Além da indigitada reunião, as empresas envolvidas utilizaram-se de um sistema de informática para comunicação direta mediante códigos.

A ponte aérea entre os aeroportos de Congonhas e Santos Dumont é a mais utilizada e considerada a mais importante para a economia brasileira, o que permitiu às empresas que ali atuavam auferirem maiores lucros com a venda de passagens, em detrimento dos consumidores.

O cartel foi reprimido, mas a decisão do CADE se baseou apenas nas questões relativas à concorrência, não contendo qualquer referência a prejuízos aos consumidores.

Caso do Cartel das Britas

O Cartel das Britas é um marco histórico da defesa da concorrência no Brasil. Trata-se do primeiro cartel condenado pelo CADE, em 51 anos de história, em que a Secretaria de Direito Econômico usou sofisticada análise econômica, associada a poderosos instrumentos de investigação até então inéditos no Brasil, como a busca e apreensão.

Participaram do referido cartel, 18 empresas do setor de mineração para construção civil da região metropolitana de São Paulo - SP, que dividiram o mercado por pelo menos quatro anos, com aumentos de preços aos consumidores e fraudes em licitações públicas.

A divisão do mercado era feita mediante assembleia semanal entre representantes das empresas que partilhavam a demanda do produto e bloqueavam a participação de outras empresas no mercado regional.

Todas as dezoito empresas foram condenadas ao pagamento de multas diversas, relativas ao dano e participação no cartel. O Sindipedras, sindicato que abrigava as assembleias e acobertava as práticas, também foi condenado ao pagamento de multa.

Neste processo, é possível se observar certa consideração ao consumidor e aos danos a ele causados. Os conselheiros versaram sobre os prejuízos ao mercado de britas regional de forma geral, que resultaram em prejuízos fáticos a duas classes de consumidores, de forma direta e indireta.

De acordo com os votos dos Conselheiros do CADE e Pareceres da SDE, diretamente, foram prejudicadas as empresas de construção civil, que necessitam das britas como material básico para obras. Por terem consumo intenso, significativo e constante de tais produtos, o referido cartel teve por consequência o aumento dos custos em materiais.

O aumento dos custos, segundo os Conselheiros, prejudicava indiretamente os consumidores finais, os contratantes das empreiteiras e construtoras que adquirem britas das empresas envolvidas. Com o oligopólio do mercado e monopólio dos valores, qualquer obra feita na região obtinha custos maiores em materiais do que obras em outras regiões.

No caso em tela, portanto, é possível afirmar que os consumidores foram devidamente considerados pelo Pleno do CADE.

Caso do Cartel dos Táxis

A formação de cartel entre empresas e corporativas de táxi é uma prática que está se tornando cada vez mais comum no Brasil. Um exemplo desse tipo de cartel, comprovado e combatido pelo CADE, foi o cartel dos táxis de Porto Alegre.

As representadas foram acusadas de formação de cartel por terem combinado preços e descontos. Ficou comprovado que as empresas participantes coagiam, mediante ameaça, a adesão ao cartel.

Em consequência, as representadas foram condenadas, tendo o CADE realçado a proteção aos consumidores, que, segundo o Conselho, não teriam um perfil definido, podendo ser idosos ou grandes empresários, que buscavam a praticidade do serviço. Dessa forma, o cartel teria alcançado diversos tipos de consumidores, para os quais não existia serviço alternativo, ficando, assim, reféns das tarifas combinadas. Sendo assim extremamente prejudicados pelas empresas e corporativas participantes.

Apesar de menção aos consumidores, não foi feita qualquer análise quanto aos danos por eles sofridos, focando-se nas questões concorrenciais.

2.3 Abordagem do Bem-estar do Consumidor nas Decisões de Processos Administrativos – Cláusulas Infratoras à Ordem Econômica

Neste tópico, será demonstrada a abordagem acerca do bem-estar do consumidor nas decisões do CADE em processos administrativos que têm por objeto cláusulas infratoras à ordem econômica do Brasil.

Caso Globo / Clube dos Treze

No caso Clube dos Treze, tratou o CADE da legalidade de contrato de compra dos direitos de transmissão de jogos e campeonatos de futebol pelos cinco meios relevantes de mídia: Televisão aberta (gratuita), televisão por assinatura (onerosa), *Pay Per View* (onerosa por jogo/campeonato), internet e celular, A Globo e o Clube dos Treze celebraram contrato para transmissão de jogos dos maiores clubes de futebol do Brasil, com cláusula de preferência.

As representadas foram condenadas por infração à ordem econômica, em virtude da cláusula contratual de preferência, que concedia à Globo o direito de cobrir qualquer oferta de compra feita por suas concorrentes. O CADE entendeu que essa cláusula, por si só, inibia possíveis lances das concorrentes em leilão, por terem o conhecimento de que a

Globo teria chance de cobri-los, o que, segundo o Conselheiro-relator César Matos, feria o princípio da livre concorrência.

Comprovou-se que a partir da venda de todas as mídias em contrato único com cláusulas de exclusividade e preferência, a Globo auferiu lucros significativos com o controle destas transmissões.

Por obter os direitos das transmissões dos jogos mais importantes, a Globo tinha o direito de escolher quais jogos seriam transmitidos em canal aberto, de forma gratuita; em canal por assinatura, de forma onerosa, por determinado período; ou em canal *pay per view*, cobrado por jogo ou torneio transmitido, sempre de acordo com seus próprios interesses, e não dos consumidores.

Para a resolução do caso em tela, o relator determinou a celebração de Termo de Compromisso de Cessação de Prática, com previsão de remoção dos direitos de preferência, cujo objetivo foi o fomento da concorrência do mercado em questão. Outra exigência do TCC foi a obrigação de se leiloar separadamente cada tipo de mídia de transmissão, com o objetivo de dificultar a concentração dos direitos numa só transmissora.

A transmissão de jogos e campeonatos é produto de consumo direto, ou seja, vendida diretamente aos destinatários finais, nos casos de transmissão onerosa. Todavia, os consumidores nem a coletividade foram explicitamente mencionados nos votos de César Matos, mesmo sendo eles os mais prejudicados com o monopólio do referido mercado.

Caso Microsoft / TBA

O Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49 refere-se a diversas infrações, de caráter continuado, à ordem econômica brasileira, por parte da Microsoft Informática Ltda., subsidiária da Microsoft Corporate, e TBA Informática Ltda., revendedora autorizada de softwares e soluções de informática.

A partir das análises e pareceres da SDE e SEAE, restou comprovado o monopólio da TBA em todos os contratos celebrados com o poder público na região Centro-Oeste do Brasil. Tal exclusividade, como comprovado nos autos, fora estabelecida em troca de investimentos na promoção de produtos da Microsoft e para facilitação da administração do

cumprimento dos contratos, conduta esta que infringe os parâmetros concorrenciais ditados na legislação brasileira.

Verificou-se, ainda, que a Microsoft Informática Ltda. obtinha à época dos fatos que lhe foram imputados, 90% ou mais do mercado nacional de softwares. Além disso, apurou-se que 70% das vendas de produtos Microsoft eram realizadas pelo varejo, e o restante mediante contratos *Select*, ou seja, contratos corporativos realizados exclusivamente por *LARs (Large Account Resellers*¹⁰) previamente autorizadas, como a TBA.

A sanção imposta à Microsoft foi uma multa equivalente a 10% do faturamento do ano anterior à instauração do processo, e aquela imposta à TBA foi multa equivalente a 7% de seu faturamento, obtidos na comercialização de produtos Microsoft à União e correlata prestação de serviços, excluídos os impostos, referente ao mesmo ano.

Pelo fato de os contratos *Select* serem firmados apenas com empresas e com o governo, o CADE ressaltou a ausência de escolha destes consumidores, não se aprofundando nos reais danos da conduta.

No caso em tela, os clientes das representadas foram citados, mas por resumirem-se em pessoas jurídicas e órgãos públicos, o CADE não argumentou quanto à defesa do consumidor.

Caso Xerox

A Xerox é pioneira no mercado mundial de copiadoras, tendo sido uma das primeiras empresas a patentear e comercializar o referido produto e seus acessórios. No Brasil, inseriu-se no mercado já em posição dominante, obtendo o seu monopólio de forma natural.

A investigação dos atos praticados pela Xerox ocorreu em 1993, tendo esta sido condenada ao pagamento de multa no valor de 23 bilhões de cruzeiros. Obrigação esta, que somente foi cumprida em 2008, após decisão do TRF 1ª Região, quando o valor foi corrigido para R\$ 4.738.108,87.

¹⁰ Categoria especial de revendedor autorizado pela Microsoft.

A referida condenação teve como base a comprovação de exigência, mediante cláusula contratual, de obrigação de utilização dos produtos da reclamada para que esta prestasse serviço de assistência técnica. Assim, todo e qualquer acessório que tivesse que ser trocado ou repostado, incluindo-se toners de tintas, deveriam ser da marca Xerox, para que esta garantisse a qualidade e assistência técnica de seus produtos.

O efeito gerado a partir desta exigência de compatibilidade é denominado por doutrinadores como efeito “*lock in*”, o qual deixa o consumidor preso à fabricante do produto principal.

O Conselheiro José Matias Pereira, em seu voto, afirmou que a prática supracitada restringiu a liberdade de escolha dos consumidores mediante pressão ou coação, objetivando o domínio do mercado.

O Conselheiro-relator Marcelo Monteiro Soares definiu a cláusula contratual supracitada como incompatível com os princípios da livre concorrência e da livre escolha dos consumidores, além de dificultar a constituição, funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente.

Verifica-se que os consumidores foram objeto de preocupação por parte de alguns conselheiros do CADE, como figura importante nas relações interempresariais de cunho concorrencial, mesmo à época em que vigia uma outra lei.

Caso AMBEV

Um caso exemplar de proteção ao consumidor em processo julgado pelo CADE é o Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, decorrente de representação da Schincariol em face da Companhia de Bebidas das Américas – AmBev, por práticas que infringem a ordem econômica do país.

Trata-se de um programa de fidelização e incentivo à venda, adotado pela representada, denominado de “Tô contigo”. Este programa consistia na premiação mediante descontos, de revendedores das marcas de cerveja da Companhia, de acordo com a quantidade de vendas realizadas pelos seus distribuidores de produtos de sua marca.

A conduta foi considerada pelo CADE como anticompetitiva, pois motivava os varejistas a adquirirem mais os produtos da AmBev, em detrimento de suas concorrentes, por entenderem que o programa implicava a exclusividade de aquisição de produtos da marca da representada.

A representada foi condenada ao pagamento de multa, publicação da decisão do CADE em jornal e inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

No caso em tela, os Conselheiros do CADE mencionaram os prejuízos causados aos consumidores, decorrentes do programa supramencionado, tendo o relator afirmado que a conduta seria danosa a duas classes de consumidores, os intermediários (pontos de venda) e os finais (cidadãos).

Para o relator, os consumidores mais prejudicados foram os de menor renda, pois os pontos de vendas de cerveja passaram a diminuir as alternativas de produtos de menor preço, mais acessíveis, com o intuito de pontuar e obter os benefícios do programa em questão.

É possível afirmar que neste caso, o CADE demonstrou consideração pelos interesses dos consumidores, tendo sido a pena imposta baseada nos prejuízos a eles causados.

Caso UNIMED

As UNIMEDs de várias regiões do país foram condenadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por exigir que os médicos só trabalhassem para as suas cooperativas, prática conhecida como unimilitância.

Segundo os Conselheiros, a unimilitância prejudicava não só a ordem econômica, por criar barreiras à entrada de outras empresas e corporativas ao mercado da medicina privada, mas também à coletividade, por limitar o acesso de serviços hospitalares e médicos.

Comprovou-se nos diversos processos que os consumidores dos planos de saúde oferecidos pelas UNIMEDs, assim como os pacientes dos consultórios e hospitais próprios da cooperativa, foram significativamente prejudicados em razão da unimilitância imposta

aos médicos. Assim, em muitos municípios não havia outra opção de atendimento, senão a UNIMED.

Nos casos das UNIMEDs, foi considerado pelos Conselheiros o prejuízo da unimilitância para a coletividade, tendo alguns conselheiros afirmado que a prática infringia os direitos constitucionais de igualdade e de defesa do consumidor.

Assim, as UNIMEDs foram condenadas pelo CADE não apenas pelas barreiras erguidas no mercado, mas também em razão dos prejuízos aos consumidores.

Caso White Martins

No decorrer do Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05, apurou-se que a White Martins, grande representante do mercado de gases especiais, firmou contrato de exclusividade de compra do subproduto gás carbônico (CO₂) com a Ultrafertil, detentora à época, da única fonte do referido gás no mercado do Sudeste e Paraná.

O contrato supramencionado tinha a finalidade de impedir o acesso de concorrentes e manipular o mercado, inclusive com o açambarcamento de matéria-prima, que consiste na prática de compra de matéria-prima em escala maior que a necessária, com a intenção dificultar o acesso das concorrentes aos insumos necessários à fabricação dos produtos derivados.

Ficaram comprovados nos autos a aquisição e o desperdício dos insumos excedentes por parte da White Martins, o que lhe resultou na condenação ao pagamento de multa no valor de vinte e quatro milhões de reais, por ter sido considerada pelo CADE, como incurso nos incisos I, II e IV, do art. 20, e nos incisos V, VI e XV, do art. 21, todos da Lei 8.884/94.

Posteriormente, a condenada recorreu à esfera judicial, sem obter sucesso. A 4ª Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região manteve intacta a decisão do CADE.

O Conselheiro-Relator Celso Fernandes Campilongo considerou o dano social em seu voto, consistente na barreira à entrada de concorrentes no mercado de gases especiais, da região Sudeste e Paraná. Tal barreira teria resultado no monopólio de mercado, o que é altamente prejudicial aos consumidores finais.

O Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, por sua vez, qualificou o dano como de natureza transindividual, por assumir natureza de dano coletivo (prejuízo para a economia), individuais homogêneos (empresas) e difusos (prejuízos para os consumidores).

Assim, é possível observar que, também neste caso considerou-se o interesse dos consumidores.

Caso Iguatemi – SP

A empresa Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda., formalizou representação em face do Condomínio Shopping Center Iguatemi de São Paulo – SP, em razão da existência de cláusula de exclusividade nos contratos firmados por este com lojistas de diversas marcas.

A referida cláusula gerava para alguns locatários de espaços no Iguatemi obrigação de não fazer, que consistia na impossibilidade de locarem espaços em *shopping centers* que fossem concorrentes diretos da representada. Tal proibição impedia que os lojistas expandissem suas atividades às adjacências do *shopping*, o que certamente prejudica a livre escolha do consumidor quanto ao centro comercial a ser visitado.

Os contratos de locação de lojas em *shopping centers* não são regidos pelas normas dos contratos habituais de locação, o que permite aos contratantes maior flexibilidade em suas definições de direitos e obrigações nas cláusulas contratuais.

Contudo, a cláusula de exclusividade supracitada caracterizava, segundo o CADE, infração à ordem econômica, por bloquear negócios jurídicos entre empresas lojistas e as concorrentes da representada, transgredindo assim, o princípio da livre concorrência.

O Conselheiro-relator Roberto Pfeiffer observou, em seu voto, a presença de *multiholming* no mercado de shopping centers. *Multiholming* é, segundo a doutrina, um conceito de mercado de dois lados, onde os consumidores têm o costume de fazer uso de mais de um produto do mesmo mercado.

Contudo, segundo Pfeiffer, a intenção da representada era justamente evitar este tipo de prática do consumidor bloqueando a dissipação de certas marcas no mercado específico

de *shoppings* de alto padrão em São Paulo. O objetivo do Iguatemi era obrigar os clientes dessas marcas a frequentarem e consumirem apenas em seu estabelecimento.

A conduta em questão foi, segundo o CADE, extremamente prejudicial aos consumidores, e não só à concorrência, visto que a monopolização regional de certas marcas, resultante da cláusula supramencionada, causava dependência entre os consumidores dessas marcas e o Shopping Iguatemi.

Com esse entendimento, além do pagamento de sanções pecuniárias, o CADE determinou a inscrição das representadas no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, o que reforça a apreciação da figura do consumidor no caso em tela.

3 CAPÍTULO III – UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO CADE EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O terceiro capítulo do presente trabalho tem por objetivo apresentar as conclusões acerca das decisões dos casos estudados.

Será abordado no primeiro tópico, cada caso julgado especificamente, demonstrando-se a percepção que se teve sobre as manifestações dos Conselheiros do CADE nos diversos processos, acerca dos interesses dos consumidores como objeto de proteção da Lei de Defesa da Concorrência. Em seguida, será apresentada uma tabela que contém a relação dos casos estudados e a indicação da presença ou não nos votos de manifestações acerca dos interesses dos consumidores. Por último, será apresentada uma conclusão geral acerca dos estudos realizados para a elaboração desta monografia.

Desta forma, deve-se levar em consideração que o presente capítulo tem conteúdo meramente opinativo, fundado apenas nos casos estudados.

3.1 Conclusões sobre os Casos Estudados

Neste tópico serão analisados os casos estudados fazendo-se observações quanto à abordagem feita pelo CADE no tocante ao bem-estar do consumidor.

3.1.1 Caso Colgate / Kolynos

Nos votos dos Conselheiros do CADE referentes ao Ato de Concentração entre Colgate e Kolynos é possível observar significativa consideração aos consumidores.

Neste caso, o CADE impôs às requerentes uma decisão estrutural de retirada dos produtos da marca Kolynos do mercado brasileiro de cremes dentais durante quatro anos.

Contudo, a Colgate introduziu rapidamente outra marca no mercado, a Sorriso, para absorver os consumidores da Kolynos, mantendo para isto, diversas semelhanças claras entre a marca antiga e a nova, o que resultou no consequente domínio da Colgate do referido mercado.

Não obstante, a intenção do CADE era a de proteger o consumidor, não tendo, contudo, analisado os possíveis desdobramentos que sua decisão poderia causar. Assim, apesar de revelar preocupação com a defesa do consumidor, não proferiu uma decisão que evitasse o poder e o domínio de mercado da Colgate.

Outras medidas poderiam proteger os consumidores, como a diminuição do poder de produção da Colgate ou proibição de criação de novas marcas do mesmo grupo no mercado em questão, o que impossibilitaria o crescimento da empresa e abriria o mercado para entrada de novas concorrentes ou para aumento de participação das já existentes.

3.1.2. Caso Nestlé / Garoto

O Ato de Concentração Nestlé/Garoto pode ser utilizado como exemplo nítido de proteção ao consumidor, com base na teoria do consumer welfare.

Após a comprovação de que a aprovação do ato causaria o domínio da Nestlé do mercado de chocolates em geral, o CADE decidiu pela sua reprovação, determinando a venda de todas as ações, produtos e direitos da marca Garoto pela Nestlé.

Um dos argumentos utilizados para fundamentar a decisão foi o desincentivo de diminuição dos preços dos produtos, em prejuízo dos consumidores. Para atingir tal conclusão, o relator elaborou um estudo sobre o montante de eficiências da operação, baseado na teoria do consumer welfare.

Tal decisão constitui importante precedente na análise de eficiências que podem resultar em benefícios para o consumidor em um ato de concentração. Tendo sido constatadas pouquíssimas eficiências que pudessem ser repartidas com os consumidores, o CADE houve por bem reprovar a operação. Nunca antes tomara o CADE uma decisão tão embasada tecnicamente para reprovar uma operação por danos ao mercado e aos consumidores.

3.1.3. Caso Sadia / Perdigão

O Ato de Concentração proveniente da incorporação das ações da Sadia pela Perdigão, que resultou na criação da BRF, é um exemplo de tentativa do CADE de proteção ao consumidor.

Os conselheiros aprovaram a operação com restrições, determinando a retirada do mercado de diversos produtos das marcas Perdigão e Batavo (empresa do grupo), por tempo determinado, de três a cinco anos, dependendo do produto e o índice da participação relativa de mercado, impondo a venda de cadeias completas de produção, com o objetivo de diminuir o poder de produção da BRF.

Entretanto, de acordo com o Conselheiro-relator, que votou contra a aprovação, mesmo com a imposição das referidas restrições, o fato de não haver concorrentes equivalentes, resultaria em uma tendência de os consumidores dos produtos da Perdigão e Batavo retirados de circulação migrarem para a marca Sadia. De fato, passados alguns anos, foi o que ocorreu, ficando demonstrado que tinha razão o relator ao se opor à operação em tela. Com efeito, o mercado de alimentos processados apresenta elevadas barreiras à entrada de novas empresas. Talvez a melhor decisão fosse no sentido de manter as maiores empresas do ramo sob direção e propriedade diversas.

Neste caso, houve, sim, consideração dos interesses do consumidor, sobretudo no voto do relator, não tendo, contudo, o CADE, assim como fizera no caso Nestlé/Garoto, chegado a uma decisão que, efetivamente, protegesse o consumidor, falhando, portanto, na sua missão legal.

3.1.4. Caso SKY / DirecTV

A fusão entre a SKY e a DirecTV foi analisada com cautela pelo CADE, que aprovou a referida operação com restrições.

A aprovação foi motivada pelo aumento de investimento de infra-estrutura e tecnologia proveniente da união das requerentes, o que favoreceu os consumidores.

As restrições impostas tinham por finalidade proteger os consumidores de regiões específicas, mas acabaram prejudicando a coletividade, em razão do tabelamento nacional dos valores dos serviços.

Com efeito, o tabelamento de valores dos serviços nacionalmente, certamente levou em conta preço superior ao anteriormente cobrado em diversas localidades, justificado pela expansão do serviço a localidades isoladas.

Deste modo, a restrição imposta pelo CADE foi equivocada, pois alternativas existiam para proteger os consumidores de regiões específicas e a coletividade simultaneamente, como por exemplo, o tabelamento razoável de valores apenas nas regiões em que a SKY detinha o monopólio do mercado, em função das características próprias de seus serviços e produtos.

3.1.5. Rede D'or / Hospital Santa Lúcia

No caso Rede D'or/MedigruPO, o CADE impôs restrições ao ato de concentração, consistentes na venda do Hospital Santa Lúcia ou do Hospital Santa Luzia em conjunto com o Hospital do Coração.

Com efeito, se a medida supracitada não tivesse sido imposta, a Rede D'or dominaria mercados específicos de serviços hospitalares em Brasília-DF, o que poderia causar prejuízos imensuráveis aos consumidores.

Não obstante tal decisão beneficiar os consumidores, a análise do CADE restringiu-se a questões econômicas, não versando sobre a proteção aos consumidores, mesmo em se tratando de mercado de serviços de saúde, que diz respeito a necessidades básicas de qualquer ser humano.

3.1.6. O caso do Cartel das Vitaminas

As vitaminas são produtos de consumo direto e de necessidade básica para a sobrevivência dos consumidores, o que efetivamente foi reconhecido pelo CADE em sua decisão.

No entanto, tal reconhecimento não foi objeto de aprofundamento em nenhum dos votos proferidos, que restringiram-se aos prejuízos ao mercado e à concorrência.

O não enfrentamento da questão relativa à defesa dos consumidores, a exemplo do que fizeram, no mesmo caso, os julgadores na Europa e nos EUA, demonstra, mais uma vez, que o CADE pouco considera a teoria do Consumer Welfare.

3.1.7. Caso dos Cartéis de Combustíveis

O número de casos de cartéis de postos de combustíveis comprovados e condenados no Brasil é ínfimo se comparar com as situações de abuso visivelmente perceptíveis, mas não apuradas pelo CADE.

De fato, a equalização de preços de um mesmo produto em determinada área geográfica é, sem dúvida, prática prejudicial ao consumidor, que é impedido de desfrutar dos benefícios da concorrência, o já estudado *Consumer Surplus*.

Após analisar alguns casos de cartéis de postos de combustíveis é possível concluir que os preços elevados do mercado não são plenamente fundamentados nos valores de aquisição dos combustíveis pelos postos ou na alta tributação imposta, o que permite entender que os lucros dos distribuidores de gasolina são priorizados em face do bem-estar do consumidor.

Desta forma, o CADE deveria promover uma ampla investigação acerca do comportamento dos preços em nível nacional, com o propósito de assegurar a livre concorrência e proteger o consumidor.

3.1.8. Caso do Cartel da Ponte Aérea

A condenação das companhias aéreas que participaram do cartel reprimido pelo CADE não se baseou nos interesses do consumidor, mas nos prejuízos concorrenciais ao mercado.

No entanto, foram os consumidores os grandes prejudicados pelo cartel em questão, porquanto tiveram de arcar com os valores elevados das tarifas, em razão da combinação de preços perpetrada pelas companhias.

3.1.9. Caso do Cartel das Britas

Na decisão condenatória referente ao cartel formado entre as empresas produtoras de britas da região metropolitana de São Paulo, os consumidores foram devidamente considerados, tendo o CADE considerado dois tipos de consumidores que teriam sido prejudicados pela prática em tela, direta e indiretamente: diretamente, as empresas de construção civil e indiretamente, os consumidores finais, contratantes das empreiteiras e construtoras que adquirem britas das empresas envolvidas.

Ocorre, porém, que as empresas de construção civil não são consumidoras, no sentido técnico da palavra, mas adquirentes de insumo, não tendo sido aprofundada a questão relativa ao consumidor final, que o CADE qualificou de consumidor indireto.

3.1.10 Caso do Cartel dos Táxis

A prática de cartel entre empresas e corporativas de táxi é comum no Brasil, existindo diversos processos instaurados para apurar tal conduta em trâmite no CADE.

O caso concreto analisado neste trabalho refere-se a um cartel que atuou em Porto Alegre – RS, tendo sido condenado pelo CADE.

Não obstante reconhecer o CADE tratar-se de prática danosa a vários tipos de consumidores, não aprofundou a questão. De se estranhar uma decisão tão pouco elaborada no tocante aos efeitos produzidos sobre a coletividade. Com efeito, trata-se do serviço de transporte individual de passageiros de serviço público exercido sob permissão do poder

executivo municipal, o que, por si só, já merecia uma análise dos efeitos de tal conduta sobre a coletividade. Por outro lado, trata-se de serviço licitável, podendo ter o CADE imposto, como penalidade, a cassação da permissão, já que o cartel é, de fato, a mais danosa conduta aos consumidores.

3.1.11. Caso Globo / Clube dos Treze

O CADE entendeu que a cláusula contratual de preferência, que fornecia à Rede Globo o direito de cobrir qualquer oferta feita por suas concorrentes, de compra dos jogos dos times representados pelo Clube dos Treze era prejudicial à concorrência.

A cláusula supramencionada bloqueava a participação das concorrentes nos leilões de compra dos jogos e campeonatos de futebol, o que permitia à Rede Globo, escolher quais jogos seriam transmitidos gratuitamente (via tv aberta) ou onerosamente (via tv a cabo ou *pay per view*).

Para o CADE, esse poder da Rede Globo causava danos diretos aos telespectadores dos jogos de futebol, pois se fossem transmitidos apenas mediante pagamento, estes não teriam outra opção para assistir aos jogos. Como o futebol é o esporte mais assistido e praticado no Brasil, o dano teria sido sofrido pela coletividade.

Todavia, os consumidores sequer foram mencionados no processo, não obstante terem sido os mais prejudicados pela cláusula de preferência referenciada.

3.1.12. Caso Microsoft / TBA

A partir das análises e pareceres da SDE e SEAE ficou comprovado o monopólio da TBA em todos os contratos públicos no Distrito Federal. Neste caso, os consumidores dos produtos Microsoft e serviços prestados pela TBA eram os mais diversos órgãos públicos, os quais adquiriam produtos sem licitação, não desfrutando, portanto dos benefícios desta, no tocante à escolha da proposta mais vantajosa.

O voto do relator não faz qualquer alusão aos danos causados aos órgãos públicos, os consumidores em questão, que foram obrigados a adquirir as licenças dos produtos Microsoft sem qualquer licitação, o que é um equívoco, pois se tal fator tivesse sido considerado, a penalidade imposta à Microsoft teria sido muito superior aos 10% sobre seu faturamento no ano anterior à instauração do processo. Beneficiou-se, assim, a Microsoft duplamente: de um lucrativo monopólio às custas do contribuinte e de uma multa relativamente branda pelo dano causado ao mercado e aos órgãos públicos consumidores.

3.1.13. Caso Xerox

O julgamento do caso XEROX ocorreu em 1993. Refere-se à prática denominada de venda casada, por meio da qual Xerox exigia em cláusula contratual que fossem utilizados apenas os produtos de sua marca para que garantisse a qualidade e a assistência técnica de suas impressoras. Ou seja, se o consumidor utilizasse peças ou *toners* de concorrentes, a Xerox não lhe fornecia a devida assistência técnica contratada.

O CADE condenou a representada com fundamentos econômicos e protetivos ao consumidor, o que demonstra uma intenção protetiva à coletividade àquela época, quando a Lei de Defesa da Concorrência ainda não havia sido promulgada.

O relator chegou até a afirmar que as alterações introduzidas pela Xerox em seus contratos de adesão após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor não teriam sido suficientes para afastar a conduta abusiva, pois deram apenas uma nova configuração ao abuso.

O caso Xerox é, portanto, um exemplo importantíssimo de decisão do CADE que contempla a defesa do consumidor.

3.1.14. Caso AMBEV

O processo relativo à AMBEV trata de um programa de fidelização e incentivo a vendas, denominado de “Tô contigo”, que consistia na premiação dos revendedores das marcas de cerveja da representada.

Os Conselheiros do CADE debateram bastante a questão dos prejuízos aos consumidores, decorrentes do tal programa, tendo o Conselheiro-relator afirmado que a conduta era danosa a duas classes de consumidores, os intermediários (pontos de venda) e os finais (cidadãos).

Pelo fato da cerveja ser um produto de consumo intenso e significativo no Brasil e o programa ter sido implantado em diversas localidades, o dano ao consumidor foi realmente considerável.

Desta forma, a decisão do CADE neste caso foi condizente com a finalidade da Lei de Defesa da Concorrência, pois encontraram no dano ao consumidor uma forma de condenar a AMBEV por sua prática.

3.1.15. Caso UNIMED

A prática de unimilitância através cláusula de exclusividade adotada pelas UNIMEDs aos médicos e seus associados teria, segundo o CADE, como alvo principal o consumidor, que se via privado da escolha de planos de saúde concorrentes aos da UNIMED.

Nos casos UNIMED o foco principal do CADE era a proteção aos consumidores. Em determinado processo foram criticados os contratos de adesão e a Lei das Cooperativas *vis à vis* o princípio da defesa dos consumidores e do próprio Código do Consumidor tendo o relator afirmado que a Lei nº 8.884/94 “veio reforçar a ênfase dada aos interesses da coletividade, não admitindo-se que, para exercer suas atividades, a Representada prejudique a coletividade na forma de restrição à concorrência por meio das tais cláusulas de exclusividade” (Unimed Ourinhos, Processo Administrativo nº 08012.001892/2004-71).

3.1.16. White Martins

A prática de açambarcamento realizada pela White Martins mediante cláusula contratual de exclusividade de compra de gás carbônico (CO₂) da Ultrafertil resultou no seu domínio no mercado regional de gases especiais. Neste caso, o Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior definiu o dano proveniente de tal prática como transindividual, por sua natureza de dano coletivo (prejuízo para a economia), individual homogêneo (empresas) e difuso (prejuízos para os consumidores).

Assim, verifica-se, também, neste caso que, não obstante o silêncio do voto condutor do acórdão acerca dos interesses do consumidor, o voto de vista contemplou a questão consumerista, que importa para esta análise.

3.1.17. Iguatemi – SP

O Shopping Center Iguatemi de São Paulo impôs cláusula contratual de exclusividade a algumas marcas comerciais significativas. Esta cláusula proibia que fossem instaladas lojas em *shopping centers* concorrentes diretos ao Iguatemi.

O CADE contemplou os danos aos consumidores, argumentando que estes ficavam obrigados a frequentar o *Shopping* Iguatemi para que pudessem adquirir os produtos de lojas de sua preferência.

Uma medida sancionatória exemplar aplicada neste caso, foi inscrição da Representada no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

O caso reforça a ideia de promoção da defesa do consumidor em matéria de concorrência, ampliando a quem consume leques de alternativas de escolha.

3.2 Tabela Demonstrativa da Defesa do Consumidor nas Decisões do CADE

A tabela a seguir contém o resumo das conclusões alcançadas.

CASO	ESPÉCIE	DEFESA DO CONSUMIDOR (Conclusão e comentários)
Colgate / Kolynus	AC	O CADE teve a intenção de proteger o consumidor, mas não analisou os possíveis desdobramentos que sua decisão poderia causar. Deveria impor outras medidas como a diminuição da capacidade de produção da Colgate ou proibição de criação de novas marcas do mesmo grupo no mercado em questão
Nestlé / Garoto	AC	É visível a proteção do consumidor.
Sadia / Perdigão	AC	Houve consideração insuficiente do CADE sobre a defesa do consumidor. O CADE falhou em sua obrigação legal de proteger o consumidor.
SKY / DirecTV	AC	Atuação protetiva do CADE, mas com imposição de restrição equivocada.
Rede D'or / Santa Lúcia	AC	Defesa do consumidor ausente nos votos dos Conselheiros.
Cartel das Vitaminas	PA	Não houve menção expressa à defesa dos consumidores, como observado nas decisões internacionais.
Cartéis dos Combustíveis	PA	O CADE não utilizou o argumento da defesa do consumidor como fundamentação para a condenação da prática.
Cartel da Ponte Aérea	PA	CADE não tratou dos prejuízos aos consumidores da ponte aérea, caracterizando descuido e desamparo em relação aos passageiros.

Cartel das Britas	PA	Caracterização de dois tipos de consumidores prejudicados. Menção expressa aos consumidores prejudicados.
Cartel dos Táxis	PA	Ausente a defesa do consumidor na decisão do CADE.
Globo / Clube dos Treze	PA	O CADE não contemplou os danos sofridos pelos assinantes.
Microsoft / TBA	PA	O CADE não caracterizou os órgãos públicos como consumidores nem contemplou os danos sofridos em decorrência do duplo monopólio.
Xerox	PA	O CADE decidiu pela condenação com fundamentos protetivos ao consumidor.
AMBEV	PA	O CADE tratou dos prejuízos aos consumidores, além daqueles sofridos pelos Pontos de venda.
UNIMED	PA	Os consumidores de planos de saúde foram o foco das decisões do CADE nos inúmeros casos envolvendo UNIMEDs.
White Martins	PA	Consideração do dano causado pela representada como transindividual, dano coletivo individual homogêneo e difuso (prejuízos para os consumidores). Contemplada a defesa ao consumidor, porém não de forma ampla.
Shopping Iguatemi	PA	Contemplado o dano ao consumidor. Determinação de inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

3.3 Conclusão

No âmbito jurídico das relações concorrenciais a defesa do consumidor está prevista tanto em normas constitucionais quanto infraconstitucionais; já no campo da economia, tem-se analisado a eficiência dos mercados com base na teoria bem-estar do consumidor.

O presente estudo teve por objeto verificar, nos casos julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, se a defesa do consumidor tem sido abordada e servido de fundamento à decisão.

Foram analisados dezessete casos julgados pelo CADE, tendo sido possível concluir que a defesa do consumidor, não obstante a sua importância para a ordem econômica, visto que os consumidores, mesmo indiretamente, participam das relações interempresariais de cunho concorrencial, nem sempre é contemplada e, quando é, sua abordagem não é muito aprofundada.

Em seis dos casos analisados, o CADE contemplou expressamente a defesa do consumidor, enquanto em outros quatro casos, o consumidor foi considerado como parte da relação econômica em discussão, mas não houve qualquer avaliação dos danos a ele provocados.

Nos restantes sete casos analisados, verificou-se a ausência de abordagem consumerista, demonstrando-se a dissonância da decisão com os ditames do parágrafo único do art.1º, bem como a falta de percepção acerca da livre concorrência como instrumento de realização de outros valores da ordem econômica constitucional.

Não obstante a importância do papel do consumidor nas relações interempresariais e, portanto, da concorrência, nas quais, inegavelmente, ele é o destinatário final de todas as estratégias e práticas anticoncorrenciais, além de beneficiário último das políticas de defesa da concorrência, o consumidor não recebe tratamento adequado nas decisões proferidas pelo CADE.

Com efeito, na medida em que o consumidor é o grande beneficiário de um maior número de ofertantes no mercado e de condições abertas à competição, deveria ter os seus

interesses analisados nas decisões do CADE, sobretudo nos atos de concentração, conforme determina a lei.

No caso Nestlé, a consideração dos direitos do consumidor foi determinante na decisão do CADE de reprovar o ato de concentração. Já no caso Sadia/Perdigão, parece ter sido a preservação dos ativos das empresas envolvidas no ato a preocupação do Conselho. O voto do relator foi claro em relação aos danos no mercado. No entanto, os demais conselheiros, ao seguirem o voto de vista, parecem ter percebido as consequências políticas da decisão negativa de uma fusão patrocinada com o dinheiro público do BNDES. Assim, foi aprovado um ato de concentração extremamente danoso à concorrência, pois o que se pretendia era a criação de uma grande empresa nacional, independentemente disso representar ou não prejuízo para os consumidores.

Talvez a defesa do consumidor fosse melhor protegida se os órgãos e entidades de defesa dos consumidores tivessem participação obrigatória nos processos em geral, manifestando suas opiniões acerca dos prováveis efeitos de certos atos sobre o mercado. Muitas vezes, a visão extremamente técnica e econômica do CADE pode basear-se apenas em meros pressupostos teóricos, muito distantes da realidade dos mercados. Assim, uma participação daqueles órgãos e entidades que defendem os consumidores pode ser de extrema importância para que as decisões do CADE alcancem efetivamente o seu objetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 874, p. 70-100, ago. 2008

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Direito concorrencial e direito do consumidor. João Pessoa - Pb: Prima Facie - Ufpb, v. 1, n. 1, jul. 2002. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/.../4296/3246>>. Acesso em: 30 out.

BORK, Robert H.. *The Antitrust Paradox*. Nova York: Basic Books, 1978.

BRIAND, Daniele Meledo. A consideração dos interesses do consumidor e o Direito da Concorrência. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 35. PP. 39-60, jul-set 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei nº 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

CSERES, Katlin Judith. *Competition Law and Consumer Protection. European Monographs Series*. 2005. Tese (Doutorado) Hague: Ed. *Kluwer Law International*. Utreque, Holanda, 2005.

DUTRA, Pedro. Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DA SILVA, Ariana Aparecida. A defesa da livre concorrência e do consumidor enquanto princípios da ordem econômica no estado democrático de direito. 2005. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Marília, Marília – SP. 2005.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo, Singular, 1997.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional. Revista dos Mestrados em Direito da UFBA. Salvador, nº 2, pp. 65-74. 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Direito Rio. Direito econômico regulatório v. 2. Rio

de Janeiro: Ed. da FGV, 2008.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. O papel do estado brasileiro e seus reflexos em uma economia de mercado sob o enfoque do consumidor. 149 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOVENKAMP, Herbert J., *Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust. University of Iowa - College of Law*. 2011. Disponível em <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1873463>> Acesso em: 25/08/2013.

MALARD, Neide Terezinha. Concentração de Empresas: livre concorrência e livre iniciativa. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – DF. 1997.

MALARD, Neide Teresinha. O Cartel. Brasília-DF, Revista Dos Tribunais, 1995.

ORBACH, Barak, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox. Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 7, No. 1, pp. 133-164. *Arizona Legal Studies Discussion Paper* Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1553226>> Acesso em 14/07/2013.

PETTER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PETTER, Lafayette Josué. Direito econômico. 5. ed. 461 p. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. 2010 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/>>. Acesso em: 2013-10-06.

PORTO, Catarina Mota de Figueiredo. Decisões do CADE e princípios constitucionais na ordem econômica. João Pessoa - Pb: Revista da Fesp: Periódico de Diálogos Científicos., v. 1, n. 5, abr. 2009. Semestral. Issn 1982-0895. Disponível em: <fesp.mensagemdireta.com>. Acesso em: 08 nov. 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. p. 29-63. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As estruturas. 2. Ed. São Paulo. Malheiros, 2007.

SANTOS, Maria Cecilia Andrade. Controlo de Concentrações de Empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei brasileira n.º 8.884/94 Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 2.Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.