ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientador: Professor Titular Hermes Marcelo Huck

São Paulo
2010

Nome: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos

Título: Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, Professor Titular Hermes Marcelo Huck, pela segura e presente orientação, bem como pela extraordinária experiência de auxiliar-lhe em sua atividade docente nas disciplinas de direito econômico da Faculdade de Direito da USP. Seu talento serve de inspiração para todos que desejam seguir a carreira docente.

Também sou profundamente grato às Professoras Titulares Elizabeth Farina e Paula Forgioni, pela profunda arguição no exame de qualificação, no qual foram feitas observações, sugestões e críticas que influenciaram decisivamente o resultado final da Tese.

Homenageio todos os extraordinários profissionais com quem convivi no CADE e com quem trabalho no PROCON de São Paulo. A experiência em ambos os órgãos foi fundamental para sedimentar o meu interesse intelectual sobre o direito da concorrência e do consumidor.

Expresso ainda gratidão aos Professores Celso Campilongo, Arthur Barrionuevo e Cleveland Prates, que efetivaram preciosos comentários a versões preliminares de alguns capítulos.

Agradeço, ainda, às revisões feitas pela amiga Vera Remedi e pela minha cunhada Sandra Coelho.

Não poderia deixar de homenagear meus pais, fonte de constante inspiração por sua trajetória acadêmica impecável na Universidade de São Paulo, bem como pelo apoio que me deram no momento de finalização da tese.

Dedico a tese a Conceição e Carolina, por me proporcionarem momentos maravilhosos.

RESUMO

O objeto da tese de doutorado é a análise da relação entre a defesa da concorrência e a proteção do consumidor, duas políticas públicas que proporcionam benefícios mútuos e devem ser executadas de modo harmônico, havendo substrato normativo e teórico para incluir a preocupação com o bem-estar do consumidor como um dos objetivos da política de defesa da concorrência. No Brasil tal harmonização é uma imposição constitucional, já que a livre concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico e a defesa do consumidor são princípios conformadores da ordem econômica. É defendida a utilização de um conceito unificado de consumidor, sendo adotada a teoria finalista, que o define como o destinatário final econômico do bem ou serviço. As duas políticas utilizam diferentes instrumentos e perspectivas na tutela do bem-estar do consumidor, o que fica claro na proteção do direito de escolha. O Código de Defesa do Consumidor oferece a isonomia como remédio para compensar a vulnerabilidade, estabelecendo regras destinadas à uma escolha consciente, sobretudo o direito à informação adequada e veraz. Já as normas de defesa da concorrência resguardam a liberdade preocupando-se em preservar a possibilidade de escolha entre mais de um fornecedor de produtos ou serviços. O exemplo mais contundente dá-se no controle de estruturas: a atuação das autoridades responsáveis pela análise dos atos de concentração é vinculada à preservação do excedente do consumidor e das condições imprescindíveis ao exercício do direito de escolha, sendo vedada a aprovação de fusões que prejudiquem o bem-estar do consumidor. No âmbito repressivo a harmonização das duas políticas é intensificada com a colaboração entre as autoridades de defesa da concorrência e de proteção do consumidor para a fiscalização de condutas que configurem, ao mesmo tempo, infrações contra a ordem econômica e práticas abusivas, cuja dupla capitulação não acarreta *bis in idem*, pois são distintas as esferas jurídicas tuteladas, havendo assim diversidade de fundamentos. É salientada a importância das ações coletivas para reparação de danos causados aos consumidores por infrações contra a ordem econômica e defendida a adoção dos danos multiplicados e a manutenção da destinação dos valores arrecadados por multas a infrações contra a ordem econômica ao Fundo Federal de Direitos Difusos.

Palavras-Chave: bem-estar do consumidor; política de defesa da concorrência; Código de Defesa do Consumidor; conceito unificado; direito de escolha; informação adequada e veraz; controle estrutural; infrações contra a ordem econômica; práticas abusivas; danos multiplicados.

ABSTRACT

The thesis analyzes the relationship between the competition defense and the consumer protection, both public policies that offer mutual benefits and must be carried out in a harmonic way. So, there is a normative and theoretical substratum concerning the consumer welfare as one of the objectives of the antitrust policy. In Brazil such harmonization is imposed by the Constitution, since the free competition, the repression of the abuse of the economic power and the consumer protection are principles that pertain to the constitutional economic order. In this paper consumer is regarded as a unified concept, i.e., the economic final user of goods or services. Both policies use different instruments and perspectives for the protection of the consumer welfare, what is clear in the enforcement of the right of choice. The Consumer Defense Code refers to the isonomy as a remedy to make up for the vulnerability, establishing rules for a conscious choice, especially the right to the proper, true and accurate information. The antitrust rules are concerned with the freedom of choice and the possibilities of option from more than one supplier of products or services. The most outstanding example is related to the merger control: the antitrust authorities are required to guarantee a consumer surplus and the necessary conditions to exercise the right of choice, being totally banned the approval of mergers that may be harmful to the consumer welfare. The harmonization of both policies in the repression scope is intensified with the cooperation between antitrust and consumer protection authorities regarding to the law enforcement against practices that may represent infractions of the competition and of the consumer protection rules, as well. The thesis emphasizes the importance of class actions to repair consumer damages caused by antitrust law violations and defends the adoption of the multiplied damages and the maintenance of the allocation to the Diffuse Rights Federal Fund of amounts raised by fines collected by the Antitrust Authorities.

Keywords: Consumer welfare; competition policy; Consumer Defense Code; unified concept; consumer choice; accurate information; merger control; competition law violations; consumer law violations; multiplied damages.

RIASSUNTO

Oggetto della tesi di dottorato è l´analisi del rapporto tra la difesa della concorrenza e la protezione del consumatore, due politiche pubbliche che offrono vantaggi reciproci e vanno eseguite in modo armonico, essendoci sostrato normativo e teorico per includere la tutela del benessere del consumatore come uno degli obiettivi della politica di difesa della concorrenza. In Brasile tale armonizzazione è un´imposizione costituzionale poiché la libera concorrenza, la repressione all´abuso del potere economico e la tutela del consumatore sono principi conformatori dell´ordine economico. Adottata la teoria finalistica, è sostenuto l´uso di un concetto unificato del consumatore, il quale viene definito come il destinatario economico ultimo del bene o servizio. Le due politiche utilizzano diferenti strumenti e prospettive nella tutela del benessere del consumatore, e ciò è palese nella protezione del diritto di scelta. Il Codice di Tutela del Consumatore offre l´isonomia come espediente per controbilanciare la vulnerabilità, stabilendo regole indirizzate ad una scelta consapevole, soprattutto il diritto all´informazione idonea e verace. Invece le norme di difesa della concorrenza proteggono la libertà, preoccupandosi in conservare la possibilità di scelta tra più fornitori di prodotti o servizi. L´esempio più notevole si vede nel controllo delle strutture: l´azione delle autorità responsabili dell´analisi delle operazioni di concentrazione è vincolata alla preservazione dell´eccedente del consumatore e delle condizioni imprescindibili all´esercizio del diritto di scelta, essendo vietata l´approvazione di fusioni che compromettano il benessere del consumatore. Nell´ambito repressivo l´armonizzazione delle due politiche viene incrementata con la collaborazione tra le autorità di difesa della concorrenza e della tutela del consumatore, finalizzata alla fiscalizzazione di condotte che rappresentino, nel contempo, infrazioni contro l´ordine economico e pratiche abusive, la cui doppia capitolazione non origina bis in idem, poiché sono distinte le sfere giuridiche tutelate, essendoci quindi diversità di fondamenti. Si mette in risalto l´importanza delle azioni collettive indirizzate alla riparazione dei danni inflitti ai consumatori da infrazioni antitrust, nonché la difesa dell´adozione di danni moltiplicati e il mantenimento dell´assegnazione degli importi riscossi da multe per violazione di norme antitrust al Fondo Federale di Diritti Diffusi.

Parole fondamentali: Benessere dei consumatori; politica di difesa della concorrenza; Codice di Difesa dei Consumatori; concetto unificato; scelta dei consumatori; informazioni accurate; controllo delle concentrazioni; violazioni della legge antitrust; violazioni del diritto dei consumatori; danni moltiplicati.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1

1 DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR 6

1.1 Das principais características dos princípios 6

1.1.1 Hermenêutica constitucional e compatibilização de princípios 8

1.2 Princípios da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico 10

1.2.1 Eficácia negativa da liberdade de concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico 14

1.2.2 Eficácia positiva da liberdade de concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico 19

1.3 Dimensão constitucional da defesa do consumidor 21

1.3.1 Defesa do Consumidor como um direito fundamental 21

1.3.2 Defesa do Consumidor como princípio geral da ordem econômica 25

1.3.2.1 Função hermenêutica do princípio da defesa do consumidor 26

1.4 Inconstitucionalidade parcial da Convenção Coletiva de Consumo (art. 107 do Código de Defesa do Consumidor) 30

2 DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR NO CDC E NA LEI N^{O} 8884, DE 1994 33

2.1 Conceito de consumidor no CDC 33

2.1.1 Teoria finalista ou subjetiva 34

2.1.2 Teoria maximalista ou objetiva 36

2.1.3 Teoria finalista ampliada 38

2.1.4 Evolução jurisprudencial 40

2.1.5 Concepção dominante sobre a definição de consumidor em sentido estrito 43

2.1.6 Consumidor equiparado 44

2.1.6.1 Da coletividade que tenha intervindo na relação de consumo (art. 2º, parágrafo único do CDC) 44

2.1.6.2 O terceiro atingido (*by stander* - art. 17 do CDC) 45
2.1.6.3 O consumidor equiparado do art. 29 do CDC 46
2.2 Conceito de consumidor na Lei nº 8.884, de 1994 47
2.3 Conceito unificado de consumidor 51

3 OBJETIVOS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA 55
3.1 Objetivos da legislação de defesa do consumidor 55
3.1.1 Defesa do consumidor e direito de escolha 63
3.1.1.1 Informação e exercício de escolha 65
3.1.1.2 Vedação à publicidade enganosa 69
3.1.1.3 Portabilidade e direito de escolha 77
3.2 Objetivos da política de defesa da concorrência 82
3.2.1 Concepções sobre os objetivos da política de defesa da concorrência 83
3.2.1.1 Escola de Harvard 84
3.2.1.1.1 Interpretação jurisprudencial sobre a proteção dos pequenos concorrentes 86
3.2.1.2 A Escola de Chicago 88
3.2.1.3 Concepções alternativas à Escola de Chicago nos EUA 95
3.2.1.3.1 A Nova Economia Institucional 96
3.2.1.3.2 A abordagem neo-schumpeteriana 100
3.2.1.3.3 A doutrina "Pós-Chicago" 106
3.2.1.4 A doutrina da escolha do consumidor 110
3.2.1.5 Escola de *Freiburg* 113
3.2.1.6 A concorrência-instrumento na União Européia 115
3.2.1.7 A evolução da legislação brasileira de defesa da concorrência 117
3.3 Proteção do consumidor: objetivo direto ou indireto da legislação de defesa da concorrência? 130

4 CONTROLE ESTRUTURAL E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR 142
4.1 Espécies de concentrações empresariais 143
4.2 Elementos de análise dos atos de concentração horizontal 145

4.3 Análise das eficiências econômicas compensatórias 151
4.4 Ponderação dos efeitos dos atos de concentração e preservação do bem-estar do consumidor 157
4.4.1 A discussão nos Estados Unidos da América: *total welfare vs. consumer surplu* . 158
4.4.1.1 A doutrina do *Welfare Standard* 159
4.4.1.2 A doutrina do *Price Standard* 163
4.4.1.3 A doutrina da *consumer choice* 164
4.4.1.4 Contexto normativo nos Estados Unidos 170
4.4.2 Análise da legislação européia 180
4.4.3 Condições para aprovação dos atos de concentração na legislação brasileira 188
4.4.3.1 Presença de eficiências econômicas compensatórias 189
4.4.3.2 Necessidade de repasse dos benefícios aos consumidores 190
4.4.3.3 Impossibilidade de eliminação da concorrência 196
4.4.3.4 Limites estritamente necessários para a geração de benefícios 198
4.4.3.5 Motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum sem prejuízo ao consumidor 199
4.5 A jurisprudência do CADE 200
4.6 Projeto de lei nº 3.937-B, de 2004 211
5 REPRESSÃO A INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR 217
5.1 Práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica 217
5.1.1 Definição de prática abusiva 219
5.1.2 Principais características distintivas da infração contra a ordem econômica 221
5.1.2.1 Demonstração de efeitos concretos ou potenciais 221
5.1.2.2 Poder de mercado 222
5.1.2.3 Razoabilidade da conduta 224
5.1.3 Ausência de *bis in idem* na dupla capitulação de uma mesma conduta 230
5.1.3.1 Requisitos para a dupla capitulação da venda casada 230
5.1.3.2 Exemplos de dupla capitulação de outras condutas 237
5.1.3.3 Autoridades competentes para sancionar infrações contra a ordem econômica e práticas abusivas 243

5.2 Destinação ao Fundo Federal de Direitos Difusos 246
5.3 Reparação de danos individuais homogêneos causados por infrações contra a ordem econômica 250
5.3.1 Dever de reparar os danos concorrenciais 250
5.3.2 Ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos 252
5.3.2.1 Legitimação para a propositura de ações coletivas de reparação de danos concorrenciais 253
5.3.2.1.1 Legitimação da União, Estados e municípios 254
5.3.2.1.2 Legitimação dos órgãos e associações de defesa do consumidor 256
5.3.2.1.3 Legitimação do CADE 257
5.3.2.1.4 Legitimação do Ministério Público 259
5.3.3 Conteúdo da sentença 261
5.3.4 Prescindibilidade de prévia condenação pelo CADE 262
5.3.5 A doutrina dos *treble damage* 264

CONCLUSÕES 270

BIBLIOGRAFIA 278

INTRODUÇÃO

O objeto da tese de doutorado é a análise da relação entre a política de defesa da concorrência e a proteção do consumidor, demonstrando que o bem-estar do consumidor é um dos objetivos centrais da política de defesa da concorrência, além de dimensionar os benefícios trazidos aos consumidores pelo controle de atos de concentração e pela repressão a condutas anticoncorrenciais.

Três precisões concentuais devem ser feitas já na introdução, para deixar claro o objeto do presente trabalho. 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. Política de defesa da concorrência abrange tanto a legislação destinada à proteção da concorrência, como a sua interpretação e execução por parte dos órgãos administrativos, judiciais e pelo Ministério Público. Finalmente, política de defesa do consumidor abrange o conjunto de normas editadas especificamente para a sua proteção, incidindo diretamente sobre a relação de consumo, bem como a sua interpretação e implementação pelas respectivas autoridades administrativas, Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Assim, o presente trabalho demonstra que a relação entre a política de defesa da concorrência e de proteção do consumidor não se limita à constatação de efeitos reflexos trazidos pela competição entre as empresas que beneficiam os consumidores, tais como menores preços, maior qualidade e ampliação da diversidade de produtos. Na realidade, tal relação é ainda mais intensa, já que o bem-estar do consumidor constitui um dos objetivos centrais da política de defesa da concorrência, o que vincula a atuação das autoridades responsáveis pela sua execução.

Para o enfrentamento do tema foram desenvolvidos cinco capítulos, sendo que o capítulo 1 possui como principal finalidade demonstrar que há fundamento constitucional para que a legislação brasileira inclua expressamente o bem-estar do consumidor como um objetivo a ser perseguido na aplicação da política de defesa da concorrência.

O capítulo 1 é iniciado com o estudo das consequências da elevação da defesa da concorrência à categoria de princípio constitucional (art. 170, IV), ao lado do princípio da

repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), bem como da previsão da proteção do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio geral da ordem econômica (art. 170, V). São destacadas duas formas de concreção de tais princípios. Em primeiro lugar, demandam a edição de legislação que os concretizem. Em segundo lugar, servem como padrão hermenêutico para a interpretação de regras de direito econômico.

Portanto, a dimensão constitucional de tais princípios ampara perfeitamente políticas públicas de defesa da concorrência que coloquem dentre os seus objetivos a proteção do consumidor (como, por exemplo, priorizar a repressão a infrações contra a ordem econômica que causem danos mais intensos aos consumidores). Ademais, confere validade à opção do legislador de estabelecer a preservação do excedente do consumidor como critério de análise de atos de concentração.

O capítulo 2 trata da definição de consumidor, a partir da análise do conceito adotado pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), matéria que teve intenso debate doutrinário e jurisprudencial. Demonstra que tanto a doutrina como a jurisprudência inclinaram-se majoritariamente pela adoção da teoria finalista, a qual defende que consumidor é o destinatário final fático e econômico do bem ou serviço, ou seja, aquele que não os utiliza para o desenvolvimento de uma atividade econômica.

Na segunda parte do capítulo é identificada a concepção de consumidor da Lei nº 8.884, de 1994, sendo destacada a ausência da definição na lei, o que acarreta posições distintas no âmbito da jurisprudência sobre o assunto.

A terceira parte do capítulo confronta as concepções adotadas nas duas searas para, ao final, propor a adoção de uma definição unificada de consumidor, pressuposto de grande importância para a harmonização das legislações de defesa da concorrência e de proteção do consumidor.

O capítulo 3 destaca os objetivos centrais da política de defesa da concorrência e de proteção do consumidor. Após uma breve exposição dos objetivos específicos de cada uma, é averiguado em que medida a proteção do consumidor é o objetivo comum de ambas.

No que concerne à política de proteção do consumidor, não há maiores dificuldades em apontar para a centralidade de tal objetivo. A tutela do consumidor funda-se no reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado de consumo, efetivando, sobretudo, a

proteção daquele que sofreu uma lesão (consumidor em concreto). O Código de Defesa do Consumior possui, ademais, um enfoque comportamental, ou seja, busca adequar o comportamento do fornecedor ao cumprimento das normas de proteção do consumidor. Portanto, é a conduta do fornecedor na relação de consumo que é disciplinada no Código e não a estrutura do mercado ou a relação do fornecedor com os seus concorrentes.

A inclusão do bem-estar do consumidor dentre os objetivos centrais da política de defesa da concorrência é matéria que suscita intensa divergência na doutrina. São estudadas as diversas correntes sobre o tema, destacando-se o entendimento da doutrina e legislação comparada (dos Estados Unidos e da Europa), além da brasileira, para subsidiar a interpretação de que a proteção do consumidor é um dos objetivos de maior importância da política de defesa da concorrência.

Porém, é esclarecido que a legislação de defesa da concorrência não se presta a uma proteção direta do consumidor individual, mas sim indireta ou mediata, uma vez que não adjudica diretamente direitos aos consumidores e tem como pressuposto de incidência sempre condutas ou atos que gerem efeitos sobre o mercado. Assim, a utilização das normas de defesa da concorrência, seja no controle de condutas, seja no controle de concentrações, pressupõe a aptidão de serem gerados efeitos sobre a concorrência, não bastando apenas a lesão a interesses dos consumidores.

No entanto, o bem-estar do consumidor possui extrema relevância para a política de defesa da concorrência, na medida em que conforma a atuação das respectivas autoridades. Por exemplo, no controle de concentrações, as autoridades que apreciam uma determinada fusão têm que tomar decisões vinculadas à preservação do bem-estar do consumidor.

Desse modo, a finalidade do terceiro capítulo é, por um lado, demonstrar que há fundamento teórico para incluir o bem-estar do consumidor como um objetivo da defesa da concorrência mas, por outro lado, ressaltar que a legislação de defesa da concorrência e as normas de proteção do consumidor possuem técnicas e escopos distintos, contribuindo de maneira diferenciada para a proteção do consumidor.

O capítulo 4 é dedicado à análise da relevância do bem-estar do consumidor para o controle de concentrações, destacando que a discussão é pertinente às concentrações que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação

de mercado relevante. Ocorre que mesmo tais atos de concentração podem, eventualmente, trazer efeitos líquidos benéficos, nas hipóteses em que operam aperfeiçoamentos no processo produtivo. Nesta esfera, cumpre à autoridade de defesa da concorrência averiguar se tais benefícios suplantam as desvantagens trazidas pela restrição à concorrência podendo, excepcionalmente, autorizá-las. O cerne do capítulo é equacionar se no dimensionamento das eficiências deve ser privilegiado apenas o bem-estar agregado ou deve haver a preservação do excedente do consumidor.

Tal indagação demanda a pesquisa dos diferentes métodos de análise das eficiências e ponderação dos efeitos da concentração, que é iniciada pelo método *welfare standard*[1], o qual defende que o fator mais importante é o bem-estar agregado, ainda que possa haver por parte das empresas envolvidas no ato de concentração apropriação do excedente do consumidor via aumento de preços. Também é estudado o método *price standard* segundo o qual o preço cobrado pós-fusão deve ser considerado como a principal variável na análise de eficiências, não podendo ser aprovada fusão que possa acarretar o aumento de preço[2]. Há, ainda, referência à doutrina da *consumer choice*, que defende a perspectiva de se levar em consideração o direito de escolha do consumidor na análise dos efeitos dos atos de concentração, principalmente nas hipóteses em que prevalece a concorrência qualitativa (*non price competition*) [3].

Os aludidos métodos são confrontados com as prescrições da legislação da União Européia e dos Estados Unidos, concluindo que ambas, embora com nuances e perspectivas diversas, adotam a preservação do excedente do consumidor como critério de análise de atos de concentração críticos.

O capítulo 4 é finalizado com a demonstração de que a legislação brasileira expressamente incluiu a preservação do excedente do consumidor na ponderação dos efeitos dos atos de concentração, perspectiva que encontra amparo em sólidos fundamentos doutrinários.

---

[1] WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. *American Economic Review* v. 58, pp. 18-35, 1968.
[2] FISHER, A., & LANDE, R. Efficiency considerations in merger enforcement. *California Law Review* v. 71, p. 1580-1696, 1983.
[3] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the “consumer choice approach” to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, p. 175-264, 2007.

O capítulo 5 trata de intersecções entre a defesa da concorrência e a proteção do consumidor no âmbito repressivo, sendo iniciado com o ponto de maior tangência em tal seara: a existência de condutas que podem configurar, ao mesmo tempo, práticas abusivas (art. 39 do CDC) e infrações contra a ordem econômica (artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884, de 1994). Apesar da coincidência de descrição de determinados tipos infracionais em ambas as esferas, os requisitos de sua configuração são distintos, circunstância que é fundamental para subsidiar a conclusão de que que não há *bis in idem* caso uma mesma conduta seja sancionada por autoridade de defesa da concorrência e por órgão de proteção do consumidor, bem como para acentuar a conclusão do capítulo 3 de que as duas esferas operam com diferentes instrumentos na tutela do bem-estar do consumidor. Destaco, ainda, a importância de troca de informações e atuação coordenada das autoridades de defesa da concorrência e de proteção do consumidor.

Outro ponto de intersecção analisado é a destinação do produto das sanções pecuniárias impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aos agentes econômicos que cometem infração contra a ordem econômica. Tais multas são recolhidas ao Fundo Federal de Direitos Difusos[4], o qual possui, dentre as suas finalidades, o financiamento da reparação de danos causados aos consumidores. Portanto, é de grande importância estimular que o Fundo financie projetos que busquem compensar prejuízos sofridos pelos consumidores por infrações contra a ordem econômica.

Finalmente é abordado o fato de que tanto a defesa da concorrência quanto a proteção do consumidor podem ser objeto de proteção por intermédio de ações civis públicas e ações coletivas para a reparação de danos individuais homogêneos. Será, assim, enfatizada a necessidade de ser institucionalizado um sistema de reparação de danos em que os consumidores lesados por infrações contra a ordem econômica possam ser diretamente beneficiados.

[4] Tal recolhimento dá-se por força do art. 84 da Lei nº 8.884, de 1994. O Fundo em questão foi regulamentado pela Lei nº 9.008, de 1995.

CAPÍTULO 1

DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

O objetivo central do capítulo é demonstrar que há amparo constitucional para a inclusão do bem-estar do consumidor como um dos objetivos da política de defesa da concorrência.

1.1 Das principais características dos princípios

Os princípios são fundamentos das regras, sendo dotados de um elevado grau de abstração. Desempenham a importante função de conferir coerência a um determinado sistema, conformando as normas que o integram, servindo como parâmetro hermenêutico para a sua interpretação[5]. Já as regras apóiam-se nos princípios, conferindo-lhes concreção, devendo, dessa maneira, ser interpretadas em conformidade com eles[6].

Do ponto de vista hermenêutico, os princípios apresentam uma função positiva, que consiste em dar validade às regras que operam a sua concretização, além de determinar a execução de políticas públicas. Possuem, ainda, uma função negativa que é a de tornar inválidas as regras que os contrariem.

Essas propriedades dos princípios são importantes para a compreensão dos contornos específicos que eles dão à antinomia jurídica, que é a situação que impõe a extirpação de normas conflitantes em um determinado sistema. Já no caso dos princípios ocorre o que a

---

[5] BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 57, p. 232-256. O autor aduz que: "Princípio - já averbamos alhures- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico".

[6] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. 4. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 230. O autor leciona que: "A ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente".

doutrina costuma denominar antinomia jurídica imprópria, em que o conflito (entre princípios) não conduz à necessidade de uma das normas ser extirpada do sistema [7]. Portanto, entre os princípios, não ocorre a prevalência de um sobre o outro, mas sim a sua necessária harmonização.

No entanto, deve ser destacada a doutrina que entende que a diferença primordial entre princípios e regras reside na sua estrutura e forma de aplicação, discordando da tese de que o principal aspecto da distinção seja o binômio abstração-concretude. Assim, as regras teriam uma aplicação imediata, por intermédio da subsunção. Já os princípios seriam "mandamentos de otimização" que obrigam que algo seja realizado na medida do possível fática e juridicamente, para o que é essencial cotejar um princípio com os demais[8].

Uma das principais características de um princípio é exigência de seu sopesamento com os demais princípios com a mesma hierarquia existentes no ordenamento jurídico[9].

Aliás, a harmonização entre princípios é muito importante na concepção constitucional da ordem econômica. Isso porque a livre iniciativa foi prevista na Constituição Federal como um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, caput). Como todos os preceitos constitucionais, não encerra um valor absoluto, devendo ser observados os demais fundamentos e princípios conformadores do art. 170, além do disposto no art. 1º e 3º da CF. Assim, a liberdade de iniciativa, se não é um valor absoluto, também não pode ser restringida fora dos limites da própria Constituição[10].

O caráter sistêmico dos princípios, aliás, influencia a idéia de Constituição Econômica. Com efeito, a Constituição Federal concebeu a ordem econômica como um sistema e, assim, as normas relacionadas ao tema não podem ser interpretadas isoladamente, mas sim em

---

[7] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 189.

[8] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.

[9] SILVA**,** Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras**:** mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 , p. 617.

[10] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não ser lícito ao Estado impedir o exercício da atividade econômica como forma de compelir contribuinte a quitar dívida tributária, como se extrai das Súmulas 70, 323 e 547.

coerência com os fundamentos e princípios que estruturam tal sistema[11]. Portanto, os princípios e fundamentos expressos no caput do art. 170 devem conformar a interpretação dos demais artigos pertencentes à ordem econômica[12].

Ademais, os princípios da livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e defesa do consumidor demandam políticas públicas para a sua plena execução[13]. E parece ser inteiramente coerente com a Constituição Federal que políticas públicas sejam executadas de modo convergente, sendo plenamente válida a inclusão da proteção do consumidor dentre os objetivos centrais da política de defesa da concorrência.

Em suma, para as finalidades do presente trabalho interessa fixar, em primeiro lugar, o caráter estruturante dos princípios, que dão sistemiticidade ao ordenamento jurídico, impondo, ainda, a execução de políticas públicas. Em segundo lugar, é importante ressaltar a função hermenêutica dos princípios, sendo será dado realce a duas propriedades: a eficácia positiva, que confere validade às regras que operam a sua concretização e a eficácia negativa, segundo a qual as regras que com ele conflitam com os princípios são inválidas. Em terceiro lugar, destaco que a interpretação dos princípios é realizada através da ponderação: assim, um princípio não exclui o outro, devendo com ele ser harmonizado.

1.1.1 Hermenêutica constitucional e compatibilização de princípios

A harmonização entre princípios é muito importante no âmbito da ordem constitucional econômica, sendo constantemente exercida na compatibilização da liberdade de iniciativa com outras normas constitucionais. A livre iniciativa foi prevista na Constituição Federal como um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, caput), além de ser um princípio fundamental da República (art. 1º, I) e, como todos os preceitos constitucionais, não encerra um valor absoluto, devendo ser compatibilizada com os demais fundamentos e

---

[11] Por sinal, as normas constitucionais relacionadas com a ordem econômica não são somente aquelas contidas no Título VII da Constituição Federal conforme leciona GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 175.

[12] SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 275.

[13] Aliás, o direito da concorrência é visto como um instrumento de política pública por parcela importante da doutrina, representada, sobretudo, por FORGIONI, Paula, *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. O presente trabalho compartilha tal perspectiva. Sobre o tema ver, ainda: GOLDBERG, Daniel. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Singular, 2006.

princípios conformadores do art. 170. Nesse contexto, a jurisprudência tem entendido como válidas as restrições à livre iniciativa que são efetivadas para concretizar outros princípios constitucionais, sendo comum que tal compatibilização ocorra com os princípios da livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e a defesa do consumidor[14]. Por outro lado, limitações á livre iniciativa sem amparo em outras normas constitucionais são tidas como inválidas[15].

A respeito do tema, cumpre destacar a seguinte lição de Fábio Konder Comparato:

> A supressão da liberdade empresarial, porém, não se confunde, de modo algum, com as restrições de natureza pública ao exercício dessa liberdade, as quais visem a realização dos valores ou finalidades superiores, igualmente expressos como mandamentos constitucionais.
> A Constituição, com efeito, declara que a ordem econômica deva assentar-se, conjuntamente, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. E assinala que o objetivo global e último dessa ordenação consiste em "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170, caput.).
> É em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170, a par da livre concorrência, a saber, especificamente, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.[16]

É comum que os agentes econômicos contestem a validade de leis que imponham limites à liberdade de iniciativa ao operar a concretização dos princípios da ordem econômica. A jurisprudência tem entendido como válidas tais restrições, desde que razoáveis e amparadas em tais princípios, efetivando, assim, um juízo de ponderação, como será demonstrado ao longo do presente capítulo.

É justamente a harmonização dos princípios da livre concorrência e da proteção do consumidor que confere validade à inclusão da preservação dos interesses dos consumidores dentre os objetivos da política de defesa da concorrência.

---

[14] Por exemplo: STF- ADIQO 319 - Tribunal Pleno - Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.4.93, p. 7563 e STF – ADI nº 1094 – Plenário – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU de 20.04.2001, p. 104 – RTJ v. 177-01, p. 86.

[15] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não ser lícito ao Estado impedir o exercício da atividade econômica como forma de compelir contribuinte a quitar dívida tributária, como se extrai das Súmulas 70, 323 e 547.

[16] COMPARATO, Fábio Konder. Regime Constitucional de Controle de Preços no Mercado. *Revista de Direito Público*, v. 97, 1991, p. 19.

Passo, então, a analisar o conteúdo de tais princípios e de como tem sido efetivada a sua interpretação.

1.2 Princípios da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tradição inaugurada com a Carta Magna de 1946, determinou em seu art. 173, § 4º que a "lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Ademais, a atual Constituição inovou ao elevar a livre concorrência à categoria de princípio constitucional (art. 170, IV) [17].

Cabe, inicialmente, discorrer sobre o significado dos dois princípios. A Constituição não trouxe um conceito de livre concorrência, deixando tal tarefa ao legislador e ao intérprete. Portanto, o significado da concorrência e os seus objetivos são historicamente determinados, de acordo com o conteúdo das normas e das políticas públicas adotadas para a sua concretização. Portanto, tais princípios não podem ser interpretados isoladamente, mas em conjunto com os demais fundamentos e princípios que conformam a ordem econômica constitucional.

Em outras palavras, os objetivos da política de concorrência (e, consequentemente, o seu significado) podem variar de acordo com o contexto em que são aplicados. Assim, a Constituição não estabeleceu de modo expresso o significado e os objetivos da livre concorrência. No entanto, a Constituição oferece uma moldura, que é a alusão à repressão ao abuso do poder econômico, bem como o fato de prever outros princípios e fundamentos (tais como a liberdade de iniciativa e a defesa do consumidor) com os quais a livre concorrência necessita ser harmonizada. Consequentemente, tal moldura estabelece limites que não podem ser ultrapassados pelo legislador, e que devem necessariamente ser levados em consideração pelo intérprete e pelo executor de políticas públicas relacionadas com a defesa da concorrência.

---

[17] No que se refere à novidade na inserção do princípio da livre concorrência, ao lado da repressão ao abuso de poder econômico, algo que desde Constituição de 1946 está prevista nas Constituições, ver: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10 e LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 34, 2000, p. 79-80.

Desde logo é possível afirmar que a concorrência protegida pela Constituição não é a concorrência perfeita, ou seja, aquela em que nenhum dos agentes econômicos detém poder de mercado, disputando com absoluta igualdade a preferência do consumidor, sem condições sequer de impor preços, que são fixados de acordo com os seus custos marginais. Tal modelo, assim, é caracterizado por [18].

Na realidade, são poucas as hipóteses de efetiva concorrência perfeita no mercado[19], já que a detenção de poder econômico é a regra e não a exceção[20]. Portanto, é natural que haja distinções de porte das empresas e, assim, elas atuem de forma diferenciada, principalmente em mercados caracterizados por estruturas oligopolistas (ou seja, em que há poucos agentes no mercado).

Portanto, a defesa da concorrência não é um fim em si mesmo. Desse modo, não há sentido na busca pura e simples de um mercado atomizado nas situações em que houver arranjos mais eficientes que beneficiem o consumidor e o desenvolvimento econômico sem restringir demasiadamente e desproporcionalmente a concorrência[21].

Desse modo, não se pode confundir a defesa da concorrência com a busca da concorrência perfeita, sendo mais pertinente relacionar a livre concorrência com a liberdade das empresas competirem no mercado, sem indevidos favorecimentos por parte do Estado, nem de práticas ilícitas por parte de seus concorrentes[22].

O que se visa evitar, portanto, é que haja privilégios estatais indevidos ou condutas abusivas por parte das empresas que distorçam as condições naturais de concorrência e impeçam, assim, as empresas de competirem com liberdade no mercado. Busca-se, desse

---

[18] Sobre concorrência perfeita, ver, entre outros: HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, St. Paul: Thomson/West, 2005. Ver, ainda, SILVA, Miguel Moura e. *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Lisboa: Almedina, 2008, p. 8. O autor aduz que na Europa tampouco o objeto de tuteda pelo ordenamento jurídico é a concorrência perfeita.

[19] ROSSETI. José Paschoal. *Introdução à economia.* São Paulo: Atlas, 1980, p. 391.

[20] GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 209.

[21] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 256-257. A autora pontua que "a tendência à concentração de mercado e a absorção da noção de eficiência impõem uma mudança no conceito de concorrência, a qual deixa de corresponder necessariamente à atomização para ser definido pelo elemento da rivalidade, da luta entre os concorrentes pela conquista de mercado".

[22] Neste contexto, cumpre transcrever a seguinte definição de livre concorrência esposada por NUSDEO, Ana Maria, *op. cit.*, p. 28: "liberdade de atuar nos mercados buscando a conquista de clientela, com a expectativa de sua aplicação levar os preços de bens e serviços, fixados pelo jogo dos agentes em disputa pela clientela, a níveis razoavelmente baixos, chegando, no caso extremo de concorrência perfeita, a se igualarem ao custo marginal do produto".

modo, garantir as condições para que os agentes econômicos angariem as suas participações de mercado por seus próprios méritos (ou, seja, em decorrência de sua eficiência empresarial) e não em razão de práticas ilícitas. Dessa maneira, objetiva-se garantir que as empresas possam efetivamente competir, o que redundará, ao fim e ao cabo, em benefícios ao consumidor e à economia como um todo[23].

Desse modo, há uma dupla proteção para as empresas. Em primeiro lugar, devem estar protegidas contra distorções praticadas pelo próprio Estado, afigurando-se inconstitucionais privilégios estatais que sejam outorgados a uma empresa em detrimento das suas concorrentes[24]. A única exceção dá-se na hipótese de expressa permissão constitucional, como ocorre, por exemplo, no tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (art. 170, IX e art. 179 da Constituição Federal).

Em segundo lugar, as empresas devem ser protegidas de condutas ilícitas praticadas por suas concorrentes que as impeçam de competir livremente no mercado. Portanto, cabe ao Estado estabelecer políticas públicas adequadas para reprimir tais condutas.

Outra circunstância de extrema importância é que a liberdade de concorrência deve ser conjugada com outras normas constitucionais, não sendo, assim, um valor absoluto. Por exemplo, a execução da política de defesa da concorrência deve ser executada de modo harmônico com a dignidade da pessoa humana, que é uma das finalidades da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF) e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (ar. 1º, IV, da CF) [25]. Tal constatação confere maior força à necessidade de cotejar a defesa da concorrência com a proteção do consumidor, como será enfaticamente defendido ao longo do presente trabalho.

---

[23] FERRAZ JÚNIOR. Tércio. *A economia e o controle do Estado*. São Paulo: O Estado de São Paulo de 4.6.1989.

[24] Há interessante precedente em que foi entendido como descabido o ato do Instituto de Resseguros do Brasil em negar a uma companhia o cadastramento como empresa da área de seguros navais, interpretando-se como ilegítimo o argumento de que só uma empresa deve atuar nesse ramo no país e para isto foi escolhida uma vencedora de licitação realizada em 1974. O TRF da 1ª Região entendeu que se fosse aceita tal argumentação haveria o estabelecimento de um monopólio de atividade que não existe na Constituição (TRF da 1ª Região - AMS 2002.01.00.028641-6/DF – 5ª Turma - Rel. Des. Fagundes de Deus - DJ de 21/09/2007, p. 72).

[25] GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988, op. cit.*, p. 232.

Por seu turno, a repressão ao abuso de poder econômico é um importante instrumento para a concretização da liberdade de concorrência[26], pois determina que seja editada lei que proteja aqueles que podem ser prejudicados por tal abuso. No entanto, se por um lado, é possível relacionar tal princípio com o da livre concorrência, por outro lado, eles não se confundem. A repressão ao abuso do poder econômico é mais ampla do que a proteção da concorrência, pois ampara também outras situações, como, por exemplo, a proteção dos consumidores contra tais abusos ou o poder do Estado intervir na economia.

Ademais, é importante ressaltar que a Constituição Federal não determina a repressão do poder econômico em si, mas apenas o seu uso abusivo, que ocorrerá sempre que ele visar à dominação de mercado, à eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros[27].

Desse modo, o poder econômico angariado em decorrência da eficiência do agente econômico não pode ser objeto de repressão, cabendo ao Estado sancionar exclusivamente o seu uso abusivo. Inclusive, o legislador brasileiro expressamente estabeleceu que não configura abuso de posição dominante "*a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores*" (art. 20, § 1º da Lei nº 8.884, de 1994).

No que tange à dominação dos mercados, cumpre destacar o entendimento de Calixto Salomão Filho que defende que o termo está relacionado a qualquer limitação efetiva ou potencial da concorrência. Nesse sentido, não importa o grau da limitação e nem é preciso definir, econômica ou matematicamente, o significado do termo, já que, a seu ver, haverá dominação do mercado toda vez que existir risco de lesão (limitação ou eliminação) da concorrência[28].

Passo, então, a analisar a dimensão negativa e positiva da função hermenêutica dos dois princípios. Serão enfatizadas decisões dos Tribunais Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, o que auxilia, inclusive, a elucidar a interpretação do Poder Judiciário sobre o conceito e alcance dos princípios analisados.

---

[26] VAZ, Izabel. *Direito econômico da concorrência.* Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 287. A autora explica que "por definição constitucional, a livre concorrência é um princípio informador da atividade econômica, enquanto a repressão ao abuso do poder econômico configura um dos instrumentos de sua proteção".

[27] NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: *Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 276.

[28] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.121.

1.2.1 Eficácia negativa da liberdade de concorrência e repressão ao abuso de poder econômico

A circunstância da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico possuirem dimensão constitucional influencia a apreciação de leis que eventualmente possam trazer limitações a elas. Assim, na análise de tais normas, o intérprete terá que ponderar se a restrição à concorrência é desarrazoada ou está amparada por algum outro princípio constitucional.

Nesse contexto, uma determinada regra não é necessariamente inconstitucional por trazer alguma espécie de restrição à concorrência. No entanto, para ser válida necessita estar amparada em outra norma constitucional e, nessa hipótese, caberá ao intérprete realizar uma ponderação entre os dois valores constitucionalmente protegidos e verificar se a limitação à concorrência afigura-se razoável. Se entender tal restrição razoável, a conclusão será pela constitucionalidade; caso contrário, o intérprete concluirá pela inconstitucionalidade da norma.

Desse modo, apenas restrições razoáveis à concorrência amparadas em outros preceitos constitucionais podem ser consideradas válidas. O mesmo raciocínio vale para a proteção do consumidor e para a livre iniciativa.

O Supremo Tribunal Federal diversas vezes utilizou o art. 170, IV como padrão hermenêutico para a interpretação de leis, valendo ressaltar os julgados que ensejaram a edição da Súmula 646 do STF, que possui o seguinte enunciado: "*Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área*". Destaco, a propósito, a ementa de um dos acórdãos que embasou a edição da citada Súmula:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.
>
> 1. A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º).
>
> 2. O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada

> à medida que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas econômicas.
>
> 3. Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido.[29]

Embora a maioria dos julgados que deram ensejo à edição da Súmula 646 mencionasse exclusivamente a livre concorrência e liberdade de iniciativa, houve acórdão que também mencionou a defesa do consumidor como um dos princípios violados por tais leis municipais[30].

Ressalto, inclusive, que foi proposta ação direta de inconstitucionalidade pelo Governador do Estado de São Paulo em relação à Lei Estadual que fixava a distância mínima de duzentos metros para a instalação de novas farmácias em cidades com mais de trinta mil habitantes. Em coerência com a sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da referida norma por contrariar o princípio da livre concorrência, entendendo que não havia nenhum outro princípio que amparasse a validade da norma, além de haver vício formal na lei[31].

Cumpre ressalvar que o Supremo Tribunal Federal admite a validade de leis que determinam distância mínima entre estabelecimentos comerciais nas hipóteses em que são estatuídas por razões de segurança, como no caso de estarem envolvidas a fabricação ou comercialização de produtos perigosos. Nesta hipótese o STF tem ponderado que há razoabilidade em restringir a concorrência, em prol da segurança das pessoas[32].

---

[29] STF – RE 199517 - Rel. para o acórdão Ministro Maurício Corrêa– Tribunal pleno – DJU de 13-11-98, p. 15.

[30] RE 203.909/SC – Rel. Min. Ilmar Galvão - Primeira Turma - DJ 06-02-1998, p. 38. Transcrevo, a propósito, trecho da ementa do acórdão: "Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, anda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade de exercício das atividades econômicas que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF)".

[31] ADI n. 3.257-6-SP – Pleno - Rel. Min. Gilmar Mendes - DJU de 22/08/2003, p. 20. Transcrevo a ementa: *"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Governador do Estado de São Paulo. 3. Lei Estadual nº 10.307, de 06 de maio de 1999. Fixação de distância mínima para a instalação de novas farmácias e drogarias. 4. Inconstitucionalidade formal. Norma de interesse local editada pelo Estado-membro. 5. Inconstitucionalidade material. Descumprimento do princípio constitucional da livre concorrência. Precedentes. 6. Ação direta procedente"*.

[32] Por exemplo, destaco o RE 204.187- Relatora: Min. Ellen Gracie - Segunda Turma - RTJ v. 191-02, p. 707. Transcrevo a ementa do acórdão: *"Postos de gasolina. Atividade de alto risco que justifica o prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de estabelecimentos congêneres. Inexistência de*

Aliás, na jurisprudência do STF há outros exemplos em que alegações de violação ao princípio da livre concorrência não foram suficientes para o Tribunal julgar as leis inconstitucionais. Destaco o julgamento de leis municipais que fixavam os horários de funcionamento das farmácias, estabelecendo plantões de funcionamento ininterrupto em sistema de rodízio. Portanto, ao mesmo tempo em que determinaram a obrigatoriedade do respeito ao sistema de plantões, as leis municipais proibiram as farmácias de funcionarem fora do horário estabelecido (com exceção, é óbvio, dos dias em que lhes cabia o plantão).

O Supremo Tribunal Federal julgou tais leis válidas, utilizando como principal fundamento o art. 30 da Constituição Federal, que determina a competência municipal para legislar sobre direito local. Valeu-se também do argumento de que a proteção do pequeno estabelecimento em relação ao domínio do mercado por grandes empresas seria um valor protegido pela Constituição Federal. A Corte sustentou que a obrigação de respeito ao horário estabelecido garantiria a possibilidade de pequenos comerciantes obterem retorno com o plantão, pois se houvesse concorrentes abertos em tal horário poderia haver prejuízo, em razão do aumento da oferta. Transcrevo, a propósito, trecho da seguinte ementa:

> 1. Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição Federal lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local.
> 2. Afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor. Inexistência. Ao Governo Municipal, nos limites da sua competência legislativa e administrativa, cumpre não apenas garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, mas, indiretamente, disciplinar a atividade comercial, e, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório.
> 3. Farmácias e drogarias não escaladas para o cumprimento de plantão comercial. Direito de funcionamento fora dos horários normais. Inexistência em face da lei municipal que disciplina a matéria. Recurso extraordinário conhecido e provido[33].

Tal decisão destoa de outros julgamentos do STF que conjugam os princípios da livre concorrência, repressão do abuso do poder econômico e da defesa do consumidor na

---

inconstitucionalidade do art. 3º, letra b, da Lei 2.390, de 16.12.74, do Município de Belo Horizonte (MG). RE conhecido, mas improvido".

[33] RE 174645 – Rel. Min. Maurício Corrêa - Segunda Turma - DJ 27-02-1998, p. 18, ement. 19, p. 539.

interpretação de normas jurídicas. Nesse caso, entendeu o STF que o interesse do pequeno farmacêutico deveria prevalecer sobre prática mais eficiente e que ampliava a possibilidade de escolha do consumidor, interpretando, assim, como válidas leis que limitavam o horário de funcionamento de farmácias[34].

Em razão de reiterados julgamentos do STF no mesmo sentido a matéria foi objeto da Súmula 645 que possui o seguinte enunciado: "É competente o Município para fixar horário de funcionamento de estabelecimento comercial".

No âmbito dos Tribunais de Justiça ressalto o exemplo do julgamento da validade da Lei Complementar do Distrito Federal nº 294, de 27 de junho de 2000, que, em seu art. 2º, § 3º estabelece a proibição de "*edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, shopping centers, escolas e hospitais públicos*". O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) analisou processo administrativo em que se defrontou com a existência da lei. Embora o escopo do processo não fosse a análise da validade da lei (o que não é atribuição do referido órgão administrativo), foi deliberada a expedição de ofício ao Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal para que tomasse conhecimento do caráter anticoncorrencial da referida lei e tomasse as providências cabíveis[35]. Sensibilizado pelos argumentos suscitados pelo CADE, o Procurador-Geral ajuizou ação direta de inconstitucionalidade para a declaração da invalidade da citada norma (ou seja, o art. 2º, § 3º da Lei Complementar do Distrito Federal nº 294, de 2000).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), no entanto, julgou improcedente a ação proposta, concluindo pela validade da lei.

O Desembargado Relator proferiu voto em que proclamava a inconstitucionalidade da norma distrital, por entender que ela infringia o princípio da livre concorrência, estabelecido no art. 158, IV, da Lei Orgânica do Distrito Federal (que reproduz a norma inscrita no art. 170, IV da Constituição Federal). Em seu voto, aduziu que durante o processo legislativo que antecedeu a edição da lei ficou evidenciado que o propósito do dispositivo não era o de

---

[34] Nesse caso pode ser suscitado debate semelhante ao suscitado por uma série de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que privilegiaram o interesse de pequenos concorrentes em detrimento de modelos mais eficientes de gestão empresarial. Os fundamentos de tais decisões e as críticas a tal posicionamento serão analisados no capítulo 2.

[35] CADE - Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77 – Rel. Cons. Roberto Pfeiffer .

proteção da segurança dos consumidores, mas sim o de impedir a entrada de novos agentes econômicos na revenda de combustíveis, principalmente as redes de supermercados e hipermercados. Desse modo, no que dizia respeito a tais locais, não havia como se falar em segurança pública, pois, além de não haver alusão a tal fato nas justificativas da lei, não estava comprovado (e sequer havia evidências) que a instalação de postos de combustíveis em supermercados ou hipermercados trouxesse qualquer perigo à segurança pública[36].

O Relator originário, no entanto, restou vencido, prevalecendo o voto da maioria da Corte Especial no sentido da constitucionalidade da norma, sendo vencedor o entendimento de que ela teria procurado assegurar a segurança pública, efetivando, assim, restrição válida à liberdade de iniciativa[37]. De tal decisão o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) interpôs o Recurso Extraordinário nº 597165, que ainda não foi julgado, mas contém parecer subscrito pela Procuradoria-Geral da República no sentido da inconstitucionalidade da Lei em tela.

Ressalte-se que a matéria é tão polêmica que o próprio TJDFT, em apreciação de apelação em mandado de segurança, posicionou-se pela invalidade da lei, cassando ato administrativo que negara alvará de construção de posto de combustível solicitado por rede de hipermercados no Distrito Federal[38]. De tal acórdão foi interposto recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça que, no entanto, decidiu pelo seu não conhecimento, ficando mantida a decisão do TJDFT[39].

Embora não seja possível afirmar que exista uma clara tendência jurisprudencial sobre o alcance da eficácia negativa dos princípios da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico, é possível extrair algumas conclusões a partir dos exemplos analisados.

Em primeiro lugar, tais princípios possuem relevância na apreciação da validade de normas que restrinjam a concorrência sem fundamento em outra norma da Constituição Federal, existindo precedentes que conjugam os princípios da livre concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico (e até mesmo da proteção do consumidor) para julgar tais leis inconstitucionais.

---

[36]TJDFT – Conselho Especial - ADI 2004 00 2 007874-3- Rel. Des. Haydevalda Sampaio - DJU: 03/10/2008, p. 80.
[37] *Ibidem.*
[38] TJDFT – Apelação Cível 2004.01.1.032966-7 - 1ª Turma Cível – Rel. Des. Natanael Caetano.
[39] STJ- Primeira Turma - AgRg no REsp Nº 886.627 – Rel. Min. Francisco Falcão.

Em segundo lugar, eles não são tomados de forma absoluta, sendo efetivado um juízo de ponderação, a fim de averiguar se a restrição efetivada aos princípios possui amparo em outras normas constitucionais. Deste modo, há precedentes que consideraram válidas leis que, apesar de restringirem a concorrência tinham, no entender dos julgadores, amparo em outras normas constitucionais.

1.2.2 Eficácia positiva da liberdade de concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico

A segunda consequência da dimensão constitucional da defesa da concorrência é a validade conferida à legislação infraconstitucional que concretizou tais princípios: a Lei nº 8.884, de 1994, que institucionaliza o controle repressivo e o controle estrutural no âmbito administrativo[40] e a Lei 8.137, de 1990, que criminaliza diversas condutas anticoncorrenciais.

Nesse contexto é importante salientar que o Supremo Tribunal Federal indeferiu *in totum* pedido de concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.094, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) em que foram impugnados diversos dispositivos da Lei nº 8.884, de 1994. Assim, não pareceu ao STF no exame cautelar, atentatório à Constituição as normas contidas nos e art. 24, II e IV, 55, 64, 65 e 66 da Lei nº 8.884, de 1994[41].

Dentre os dispositivos impugnados constavam normas relevantes como, por exemplo, a responsabilidade objetiva para a imputação de infração contra a ordem econômica (art. 20, *caput*) e o valor das sanções pecuniárias, que podem chegar a montante correspondente a 30% do faturamento bruto das empresas condenadas (art. 23, I). Em ambos os casos o Supremo Tribunal Federal afastou a alegação de inconstitucionalidade, entendendo que os dispositivos guardavam harmonia com o art. 170, IV e com o art. 173, § 4º da Constituição Federal[42]. Tal

---

[40] Por controle repressivo entende-se a análise de processos administrativos de apuração de infrações contra a ordem econômica (art. 20 e seguintes da Lei nº 8.884, de 1994), enquanto que o controle estrutural dá-se por intermédio da análise de atos de concentração (art. 54 da Lei nº. 8.884, de 1994).

[41] STF – ADI nº 1094 – Plenário – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU de 20.04.2001, p. 104 – RTJ v. 177-01, p. 86.

[42] No que concerne à responsabilidade objetiva o Ministro Relator assim pronunciou seu voto: "Não me parece, pelo menos ao primeiro exame, que seria atentatório à Constituição estabelecer a lei que, independentemente de culpa, seriam consideradas infrações da ordem econômica os atos que tenham por objetivo produzir os efeitos enumerados nos incisos I a IV do art. 20, dado que tais objetivos cerceiam, limitam ou de qualquer forma

decisão reforça o papel dos dois dispositivos como padrões hermenêuticos para a interpretação da validade de leis.

Ressalto ainda que embora na ADI nº 1.094 não tenha havido impugnação à validade do controle estrutural efetivado pelo art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, é importante demonstrar a sua fonte constitucional para afastar eventuais argumentos de colisão com a liberdade de iniciativa. Com efeito, as operações de aquisição, fusão, e incorporação de empresas derivam da liberdade de iniciativa, que é um fundamento da ordem econômica brasileira (art. 170, *caput*, da Constituição Federal) e um princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da Constituição Federal). Nesse contexto, as restrições à liberdade de iniciativa necessitam estar amparadas em outras normas constitucionais. É o que ocorre com o controle de atos de concentração, que possui fundamento constitucional no princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da Constituição Federal) e da repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º da Constituição Federal).

A repressão ao abuso do poder econômico, por seu turno, frequentemente é utilizada como fundamento de validade para controle de preços realizados pelo Poder Executivo (em especial tabelamentos e congelamentos de preços). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pacificou-se quanto à validade dos poderes conferidos à extinta SUNAB para o controle de preços[43].

Por seu turno, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a Lei Delegada nº 4, de 1962, que estabelece uma série de medidas de intervenção do Estado na economia, inclusive através do controle de preços, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, fazendo expressa alusão ao princípio constitucional da repressão ao abuso de poder econômico na fundamentação do acórdão[44].

---

prejudicam a livre concorrência ou a livre iniciativa". Já quanto à sanção pecuniária poder chegar ao patamar de 30% do faturamento bruto da empresa o Relator asseverou que a multa seria graduada de 1 a 30% e a sua razoabilidade deveria ser aferida em cada caso concreto analisado. Em abstrato não havia infringência a nenhum dispositivo constitucional.

[43] STJ - RESP 120976 – Rel. Min. Luiz Fux - Primeira Turma- DJ de 09/02/2004, p. 128. Transcrevo, a propósito, a ementa do julgado: "A jurisprudência do E. STJ pacificou-se no sentido de que a Lei Delegada 05/62 atribuiu à SUNAB a competência para fiscalizar as tarifas ou preços praticados pelas empresas de saúde."

[44] STF - AgR 268857 – Rel. Min. Marco Aurélio - Segunda Turma- DJ de 04/05/2001, p. 11. Transcrevo a propósito a ementa do acórdão: "A Lei Delegada nº 4/62 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no que revela o instrumento normativo como meio para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros - § 4º do artigo 173 -, bem como quanto à atuação fiscalizadora do Estado - artigo 174, ambos da Carta Política em vigor."

1.3 Dimensão constitucional da defesa do consumidor

A Constituição Federal de 1988 inovou ao prever normas endereçadas especificamente à proteção do consumidor. Com efeito, a defesa do consumidor é um direito fundamental (art. 5º, XXXII) e um princípio conformador da ordem econômica (art. 170, V), sendo a sua regulamentação por lei ordinária uma imposição constitucional (art. 48 do ADCT) [45].

O expresso reconhecimento da matriz constitucional da defesa do consumidor é de grande importância, pois tal *status* empresta validade a uma série de normas que protegem o consumidor, impondo limites proporcionais à livre iniciativa, com especial realce para o Código de Defesa do Consumidor (Lei n º 8.078, de 1990). Tal legislação parte da premissa da vulnerabilidade do consumidor (decorrente do desequilíbrio existente na relação de consumo), estabelecendo uma série de normas compensatórias, a fim de conferir tratamento desigual a partes intrinsecamente desiguais.

Passo, então, a analisar as normas constitucionais relacionadas com a defesa do consumidor.

1.3.1 Defesa do Consumidor como um direito fundamental

Os direitos fundamentais tiveram o seu âmbito de abrangência bastante aumentado, pois, inicialmente, estavam adstritos às **liberdades públicas**, as quais configuravam, sobretudo, limitações impostas ao Poder Público. Posteriormente, os direitos fundamentais evoluíram para também abarcar os direitos sociais, econômicos e os direitos de índole difusa[46].

Os direitos fundamentais possuem uma dimensão formal e outra material. A sua dimensão formal reside na circunstância da Constituição expressamente conferir-lhe tal *status*.

---

[45] A inclusão da proteção do consumidor como norma constitucional é uma característica das Constituições promulgadas no final do século passado. Por exemplo, a Constituição Espanhola de 1978 estabelece em seu art. 51 que: "os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos". Por seu turno, por força de Revisão Constitucional de 1989 foi estatuído no art. 102 da Constituição de Portugal que: "a proteção dos consumidores é um dos objetivos da política comercial".

[46] Para um estudo aprofundado da evolução dos direitos fundamentais, ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, pp. 514-528 e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

Já a sua dimensão material advém de seu íntimo relacionamento com a dignidade da pessoa humana[47].

Não se faz necessário aprofundar tal distinção, uma vez restar clara a dimensão formal e material da proteção dos consumidores como um direito fundamental, expressamente previsto no art. 5º, XXXII da Constituição Federal, que estabelece: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".[48]

Tal preceito insere-se claramente na linha dos direitos fundamentais de terceira geração, relacionados com os direitos de solidariedade e que determinam não apenas uma abstenção estatal, mas uma obrigação de fazer.

Nesse caso, a primeira obrigação de fazer é exatamente a de editar normas que venham a estabelecer a defesa do consumidor. Assim, a norma do art. 5º, XXXII da Constituição Federal, alinha-se com a norma do art. 48 do ADCT que determinou a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC). No entanto, a obrigação de legislar em defesa do consumidor não se esgota com a edição do CDC, muito embora ele seja a mais importante manifestação da proteção legislativa do consumidor. Com efeito, a dinâmica evolução das atividades econômicas, que traz questões não imaginadas pelo legislador quando da edição do CDC, demanda a constante edição de normas para a proteção do consumidor[49]. Nesse contexto insere-se a inclusão na lei de defesa da concorrência da preservação do excedente do consumidor como critério de análise de atos de concentração.

O cumprimento do preceito do art. 5º, XXXII, da CF também impõe a obrigação do Estado implementar políticas públicas de proteção do consumidor, havendo sido instituída a Política Nacional das Relações de Consumo que possui como objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4º do CDC).

---

[47] A respeito de tal distinção ver MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 8-9.

[48] A doutrina igualmente estabelece uma distinção entre direitos e garantias fundamentais, possuindo os direitos uma natureza mais declaratória, enquanto as garantias possuem uma função mais assecuratória. Porém, para as finalidades da tese não se faz necessário aprofundar tal distinção e sequer classificar em qual das categorias se insere o art. 5º, XXXII.

[49] . Aliás, há diversos dispositivos de proteção do consumidor contidos em leis esparsas. Como, por exemplo, a Lei nº 9.656, de 1998 (que disciplina os planos de saúde) e a Lei nº 10.962, de 2004 (que dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor).

Portanto, a inclusão da proteção dos interesses econômicos dos consumidores dentre os objetivos da política de defesa da concorrência é absolutamente harmônica com a Constituição.

Outra consequência importante advinda do fato da defesa do consumidor ter sido alçada à categoria de direito fundamental é que ela possui a condição de cláusula pétrea, ou seja, não pode ser suprimida por Emenda Constitucional, nos termos do art. 60, § 4º da Constituição Federal[50].

Finalmente, há uma circunstância que é ao mesmo tempo de recente percepção e de polêmica aceitação: a eficácia "externa", "horizontal" ou "entre particulares" dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, em sua concepção originária (primeira geração dos direitos fundamentais) eram dirigidos essencialmente para o Estado, que deveria, sobretudo, abster-se de comportamentos contrários às liberdades estatuídas. Assim, por exemplo, como regra geral é vedado ao Estado cercear a liberdade individual, somente podendo suprimi-la nas hipóteses constitucionalmente previstas e seguindo o devido processo legal. Posteriormente, os direitos fundamentais foram ampliados para uma concepção social e difusa, que impõe ao Estado ações concretas para a sua efetivação (ou seja, demandam a execução de políticas públicas para a sua satisfação) [51].

No entanto, recentemente também foi desenvolvida a doutrina sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, denominada, pela doutrina alemã, de *Drittwirkung* [52].

O tema é bastante polêmico, encontrando resistências, uma vez que, como já dito, o destinatário por excelência dos direitos fundamentais é o Estado. No entanto, sua extensão

---

[50] Dispõe o art. Art. 60, § 4º: "*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais*".

[51] Ver, a propósito, DE LA CRUZ. Rafael Naranjo. Apresentação. In: SOMBRA. Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 19.

[52] *Ibidem*.

para o domínio privado paulatinamente vem sendo aceita, até mesmo porque seria inconcebível que os particulares pudessem atuar à margem dos preceitos constitucionais[53].

Apesar da autonomia da vontade revestir-se de inegável relevância, ela não pode ser tida como absoluta, podendo ser validamente restringida pela observância dos direitos fundamentais. Costuma-se aceitar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais com mais tranquilidade nas relações entre particulares em que haja claramente a manifestação de um poder econômico detido por um deles. Trata-se das relações indivíduo-poder, que muito se assemelha à relação indivíduo-Estado. [54]

No que tange à defesa do consumidor há clara incidência da sua eficácia perante particulares, já que o fato de possuir a natureza de direito fundamental a dota de uma eficácia irradiante (*ausstrahlungswirkung)*, a iluminar a interpretação de todos os preceitos que disciplinam a relação de consumo. Tal conclusão é reforçada pela circunstância da defesa do consumidor também se constituir em princípio constitucional conformador da ordem econômica, como será visto no próximo item.

Constitui importante exemplo relacionado com a defesa do consumidor e com a efetiva concretização do princípio da dignidade da pessoa humana a Súmula 304 do STJ, com o seguinte enunciado: "É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial" [55].

Assevere-se, inclusive, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 349.703, o RE 466.343 e o HC 87.585, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia. Assim, o STF modificou a sua jurisprudência anterior, que considerava legítima a prisão civil de devedor considerado depositário infiel de bem dado em garantia de dívida não

---

[53] Neste sentido são bastante incisivas as seguintes observações de TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 50: "A tutela da personalidade não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia: direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana".

[54] Ver, sobretudo, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 368-369.

[55] Trata-se de súmula alicerçada em diversos precedentes do STJ, dentre os quais se destaca o julgamento do HC nº 12.547, em que pela primeira vez a jurisprudência do STJ mencionou a questão da eficácia "horizontal" ou "entre particulares" (HC 12547 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - Quarta Turma – DJ de 12.02.2001, p. 115 e RSTJ v. 148 p. 387). Ver, também, Eresp nº 149518, Corte Especial, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

paga. Nesse particular, a Corte levou em consideração o fato de o Brasil ter ratificado a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que veda qualquer prisão que não seja relacionada à pensão alimentícia[56].

Portanto, a circunstância da defesa do consumidor ter sido alçada à categoria de direito fundamental impõe obrigações tanto ao Poder Público (principalmente o de normatizar e implementar políticas de defesa do consumidor) como aos particulares (de observarem as regras de proteção do consumidor no curso de sua atividade econômica). Nesse contexto faz sentido que na política de defesa da concorrência – que é executada pelo Poder Público e deve ser obedecida pelos particulares – seja incluída a preocupação com o bem-estar do consumidor.

1.3.2 Defesa do Consumidor como princípio geral da ordem econômica

Como já ressaltado, a defesa do consumidor é um dos princípios conformadores da ordem econômica brasileira. Cumpre, especificamente a respeito da importância de tal princípio, transcrever as seguintes assertivas de Eros Roberto Grau:

> Outro dos princípios da ordem econômica – além do atinente à livre concorrência, que anteriormente examinei – é o da defesa do consumidor (art. 170, V). Princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.[57]

Neste contexto, leis que imponham limites proporcionais à liberdade de iniciativa fundamentadas na defesa do consumidor são harmônicas com a Constituição Federal. Por outro lado, são inconstitucionais as normas que acentuem de modo não razoável o desequilíbrio do consumidor na relação com o fornecedor.

---

[56] Ver, por exemplo: STF - Plenário - HC 87.585 - Rel. Min. Marco Aurélio, que possui a seguinte ementa: "DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel".

[57] GRAU, Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 258-259.

Passo, então, a analisar os efeitos positivos e negativos emanados do princípio constitucional da defesa do consumidor.

1.3.2.1 Função hermenêutica do princípio da defesa do consumidor

Frequentemente os princípios necessitam ser densificados com a edição de normas infraconstitucionais. No caso do direito do consumidor um bom exemplo é a edição de legislação de proteção do consumidor, sendo a principal delas o Código de Defesa do Consumidor. Deve, ainda, ser mencionada a necessidade de implementação de políticas públicas tendentes a efetivar a defesa do consumidor, como já destacado no item 3.1.

Nesse contexto um importante efeito do princípio é o de conferir validade a normas que venham a efetivar a defesa do consumidor. Inicio destacando o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade na qual foi impugnada a Lei nº 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a Constituição Federal permite que o Poder Público imponha limitações a tais reajustes, afastando a tese de que tal intervenção violava a livre iniciativa econômica. Ademais, foi salientado pelo STF que um dos objetivos fundamentais da República é a redução das desigualdades sociais e um dos princípios conformadores da ordem econômica é a defesa do consumidor. E como as normas da Lei nº 8.039, de 30 de maio de 1990, foram editadas justamente para a proteção dos consumidores, elas são harmônicas com a Constituição Federal. Destaco, inicialmente, trecho da ementa desse julgado:

> "EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências.
> - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.
> - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares" [58].

[58] STF- ADIQO 319 - Tribunal Pleno - Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.4.93, pág. 7563.

Tal acórdão é pioneiro não somente na afirmação da dimensão constitucional da proteção do consumidor, como também na utilização combinada de diversos princípios constitucionais para fundamentar restrições válidas à liberdade de iniciativa. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal acentuou em tal julgamento a importância da aplicação conjugada dos princípios gerais da ordem econômica, assinalando que não somente os princípios estatuídos no art. 170 conformam a ordem econômica, mas também aqueles expressos nos artigos 1º a 3º da Constituição Federal, em especial a dignidade da pessoa humana. Merece transcrição o seguinte trecho do voto do relator, que destaca a necessidade de conciliar o fundamento da livre iniciativa com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais:

> Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos desse artigo.
> Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles e à existência digna.
> Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n.º 1/69, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la como estas (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente) um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da <u>livre concorrência.</u>
> Que a ela está estreitamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no artigo 1°, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os <u>valores sociais da livre iniciativa</u>; ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da <u>defesa do consumidor</u> (que ainda tem como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII) e o da <u>redução das desigualdades sociais</u>.
> Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios – que, se tomados em sentido absoluto, como já salientei, são inconciliáveis – e, portanto, para se atender aos ditames da justiça social que pressupõe esse equilíbrio, é mister que se admita que a intervenção indireta do Estado na

> ordem econômica não se faça apenas a posteriori, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas, mas também a priori, até porque a eficácia da defesa do consumidor ficará sensivelmente reduzida pela intervenção somente a posteriori, que, às mais das vezes, impossibilita ou dificulta a recomposição do dano sofrido(...)[59].

Outro importante exemplo é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que julgou válida determinação do Ministério da Justiça de que os preços deveriam ser colocados em cada produto individualmente, sendo inválido o uso de código de barras. Transcrevo, a propósito, trecho de ementa de acórdão paradigmático:

> I - É necessária a colocação de etiquetas em todos os produtos, mesmo se adotado mecanismo de código de barras com os esclarecimentos nas gôndolas correspondentes.
> II - Por ser assegurado ao consumidor o direito de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, não há que se falar em "intervenção abusiva no domínio econômico", com desrespeito aos arts. 1°, IV, 170, "caput" e inciso II e 174, "caput", todos da C.F.-88, porque incensurável o despacho proferido pelo Excelentíssimo Ministro de Estado da Justiça, publicado no DO1, de 14-08-98.[60]

O terceiro exemplo é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, que foi proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro Nacional com o intuito de ver declarada a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor (norma que, ao definir os serviços sujeitos à incidência do CDC, neles expressamente incluiu os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária). O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu ser plenamente constitucional a submissão de tais serviços ao CDC.

Trata-se de importantíssimo julgamento, tanto pela relevância do tema como pela profundidade com que o Supremo Tribunal Federal o analisou. Com efeito, ao pacificar a controvérsia em favor da aplicação do CDC aos serviços prestados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, o STF embasou a sua decisão em diversos argumentos, dos quais é possível extrair preciosos ensinamentos sobre a concepção abrangente do princípio da defesa do consumidor.

---

[59] STF- ADIQO 319 - Tribunal Pleno - Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.4.93, pág. 7563.

[60] STJ - MS 5943/DF - Primeira Seção – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ de 27/03/2000, p. 59 – JSTJ, v. 15, p. 74 – RSTJ, v. 130, p. 30. No mesmo sentido ressalto os seguintes julgamentos da Primeira Seção do STJ: MS 5.986/DF, Relator Min. Garcia Vieira; MS 6.010/DF, Relator Min. Garcia Vieira; MS 3.600/DF, Relator Min. Demócrito Reinaldo; MS 5.986/DF Min. Garcia Vieira; MS 3.600/DF, Relator Ministro Demócrito Reinaldo.

Em primeiro lugar, do ponto de vista formal, restou claro que as relações estabelecidas entre os fornecedores dos serviços e os seus consumidores podem ser validamente regradas por lei ordinária[61].

Outra importante consequência do julgamento da ADI nº 2.591 foi o reforço à matriz constitucional da defesa do consumidor. Fixou-se o entendimento de que a submissão das entidades que compõe o sistema financeiro nacional às disposições da Lei nº 8.078/90 é completamente harmônica com a Constituição Federal. Merece destaque o voto do Ministro Celso de Mello, que ressaltou que todas as atividades econômicas submetem-se à proteção do consumidor e estão sujeitas à fiscalização e às normas editadas pelo Poder Público, pois o Estado é agente regulador da atividade negocial e tem o dever de evitar práticas abusivas por parte dos fornecedores de produtos e serviços, incluindo as instituições financeiras[62].

Portanto, na visão do Supremo Tribunal Federal, a aplicação do CDC abarca todas as atividades econômicas em que haja relação de consumo, a fim de estabelecer a proteção da parte vulnerável (o consumidor). Assim, não há imunidade de qualquer atividade econômica à aplicação do CDC, sempre que incidente a relação de consumo[63].

Os precedentes assinalados reforçam o caráter abrangente do princípio da defesa do consumidor que, assim, confere validade à inclusão do bem-estar do consumidor dentre os objetivos da política de defesa da concorrência. Dessa maneira, é plenamente válido, por exemplo, estabelecer a preservação do excedente do consumidor dentre os critérios de análise dos atos de concentração.

---

[61] Raciocínio válido para todas as relações de consumo, inclusive a estabelecida com os prestadores de serviços bancários, tendo em vista que a matéria reservada para lei complementar diz respeito exclusivamente à estruturação e a peculiaridades do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do art. 192 da Constituição Federal. Ver, sobretudo, o excelente voto do Min. Eros Grau. Fonte: http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/Adi2591vistaEros.pdf. Acesso em 01.07.2006.

[62] Nesse sentido, asseverou o Ministro Celso de Mello *"que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) cumpre esse papel ao regulamentar as relações de consumo entre bancos e clientes"*. O ministro acrescentou *"que o Sistema Financeiro Nacional (SFN) se sujeita ao princípio constitucional de defesa do consumidor e que o CDC limita-se a proteger e defender o consumidor, o que não implica interferência no SFN*", concluindo pela sua aplicabilidade às atividades bancárias. http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=197007. Acesso em 02.07.2006.

[63] Tal aspecto foi bastante salientado no curso do julgamento, valendo destacar a incisiva fundamentação do voto do Min. Joaquim Barbosa, que, ao ressaltar a inexistência de inconstitucionalidade a ser pronunciada, destacou que o CDC contém "normas plenamente aplicáveis a todas as relações de consumo, inclusive aos serviços prestados pelas entidades do sistema financeiro". Ver, a propósito: http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=197007&tip=UN&param§=. Acesso em 02.07.2006.

No que tange à eficácia negativa do princípio, ela tem o condão de tornar inválidas as normas que contrariem a defesa do consumidor.

Um bom exemplo é o acórdão já citado que, ao julgar inconstitucional lei municipal que fixava distância mínima entre farmácias mencionou que tal lei violava, além do princípio da livre concorrência, também o princípio da defesa do consumidor[64].

1.4 Inconstitucionalidade parcial da Convenção Coletiva de Consumo (art. 107 do CDC)

Finalizo o capítulo com a análise da constitucionalidade da convenção coletiva de consumo que foi instituída pelo art. 107 do Código de Defesa do Consumidor, no esteio das tradicionais convenções coletivas do direito trabalhista. Aludido dispositivo permite a celebração de acordo entre entidades representativas de consumidores e fornecedores para o estabelecimento de condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

Entendo que a solução dos litígios deve ser sempre perseguida, sendo, inclusive, um dos objetivos centrais do Código de Defesa do Consumidor, já que o art. 4º, III do CDC alude à harmonia nas relações de consumo. Seria extremamente positivo, por exemplo, o estabelecimento de uma convenção que fixasse regras mais favoráveis do que as do próprio CDC para o reparo de vícios em aparelhos de telefonia móvel pessoal.

No entanto, é discutível a validade de convenção coletiva de consumo que disponha acerca de preços e quantidade de produtos ou serviços. Com efeito, tais aspectos são importantes variáveis concorrenciais e, assim, a possibilidade de se efetivar um acordo quanto ao preço a ser praticado ou a quantidade a ser ofertada implicará limitação da concorrência. A rigor, os efeitos de tal convenção seriam os mesmos do cartel, prática que é expressamente vedada pela Lei n° 8.884, de 1994 (art. 20, *caput* c/c art. 21, I, II e III).

Portanto, a norma estipulada no art. 107 do CDC ao incluir em seu campo de incidência o preço e a quantidade de produtos ou serviços, permite que sejam uniformizadas

---

[64] RE 203.909/SC – Rel. Min. ILMAR GALVÃO - Primeira Turma - DJ 06-02-1998, p. 38.

variáveis extremamente importantes, acarretando em limitação da concorrência, o que aparenta contrariedade ao art. 170, IV da Constituição do Brasil.

A questão, no entanto merece aprofundamento, já que como ressaltado no presente capítulo, a concorrência não encerra um valor absoluto. Consequentemente, eventuais normas que venham restringi-la devem ter amparo em outros preceitos constitucionais, sob pena de serem inválidas. No presente caso, poder-se-ía sustentar que a norma do art. 107 do Código de Defesa do Consumidor teria amparo constitucional, pois serviria para a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V da CF), ao uniformizar o preço e, assim, evitar eventuais abusos (art. 173, § 4° da CF).

No entanto, é absolutamente improvável que tal acordo protegesse o consumidor, pois sendo ele por excelência vulnerável não tem condições de auferir quais os custos incorridos pelas empresas, variável essencial para uma boa negociação de preço. Há também assimetria de informações sobre as quantidades que devem ser produzidas, pois tal aspecto envolve o conhecimento sobre capacidades de produção instaladas. Portanto, em tais acordos, a posição de preponderância técnica das empresas fará com que o preço pactuado ou a quantidade fixada para produção favoreça preponderantemente os fornecedores em detrimento dos consumidores. Em tais hipóteses e tratando-se de mercados com concorrência efetiva, seria muito mais vantajoso ao consumidor que não houvesse uniformização de preços ou quantidades. Com efeito, a provável tendência de longo prazo seria um preço médio menor do que o fixado na Convenção, além do surgimento de empresas que os praticariam em patamar menor do que as empresas previamente instaladas, justamente por enxergar uma oportunidade caso os preços praticados tivessem níveis acima do custo médio variável.

Nesse sentido, a possibilidade da convenção coletiva versar sobre preço e quantidade choca-se com os preceitos constitucionais concernentes à proteção da concorrência (artigos 170, IV e 173, § 4° da Constituição Federal). Por outro lado, não me parece que o princípio da defesa do consumidor possa ser invocado, pois, a rigor, o consumidor não restará protegido por tal convenção, mas sim provavelmente prejudicado (ao menos em uma perspectiva de longo prazo). Portanto, entendo ser inconstitucional a norma do art. 107 do Código de Defesa do Consumidor na parte que permite a uniformização de preço e quantidades de produtos e serviços.

Há um único precedente do CADE em que houve a invocação da convenção coletiva de consumo como excludente da ilicitude de uniformização de preços. Trata-se de Processo Administrativo que investigou tabela de preços utilizada pela Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES e seus associados[65]. Em sua defesa os representados alegaram que firmaram com o CIEFAS (entidade representativa dos planos de saúde que operam em auto-gestão) uma convenção coletiva de consumo que previa a utilização de uma tabela de preços e de índices lineares de reajuste por parte de todos os hospitais.

No julgamento o CADE afastou o argumento dos representados, por entender que o documento firmado entre o CIEFAS e a AHES não poderia ser considerado como uma convenção coletiva de consumo. Isto porque, embora a AHES pudesse ser considerada associação de fornecedores na medida em que congregava em seu bojo hospitais e clínicas, não havia associação de consumidores no documento em questão. Com efeito, entendeu o CADE não ser esta a natureza do CIEFAS por ser entidade que congrega empresas que fornecem assistência à saúde para seus empregados sob o regime de autogestão.

Assim, o CADE não precisou analisar a viabilidade de convenção coletiva de consumo ser considerada uma excludente de ilicitude. No entanto, o precedente é importante por se tratar da única decisão do CADE em que o tema foi aventado.

[65] Processo Administrativo nº 08012.009987de 1998-13. Relator: Conselheiro Thompson Andrade.

CAPÍTULO 2

DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR NO CDC E NA LEI N^{O} 8884/94

A finalidade do capítulo é analisar qual é a definição de consumidor adotada pela legislação brasileira, a fim de precisar quem é o sujeito tutelado pelas normas de defesa do consumidor e da concorrência.

2.1 Conceito de consumidor no CDC

A elucidação do conceito de consumidor foi, provavelmente, a questão que mais suscitou debates e fomentou polêmicas ao longo dos primeiros quinze anos de vigência do CDC.

Na realidade, a conceituação de consumidor é matéria extremamente debatida no mundo inteiro, não existindo uma definição única, motivo pelo qual há diversos conceitos de consumidor no direito comparado[66].

A "disputa conceitual" reside em diversos aspectos, como bem apontado por Herman Benjamin em artigo escrito antes da edição do Código de Defesa do Consumidor:

> Embora o vocábulo consumidor não esteja assentado como um conceito claro, já se podem identificar algumas áreas de disputa conceitual: a) quanto à natureza do sujeito protegido: pessoa natural ou jurídica; b) quanto à necessidade de vínculo contratual: só quando há contrato ou também nos casos de relações jurídicas extracontratuais; c) quanto à finalidade da aquisição do bem ou produto: para uso privado, pessoal, familiar, não profissional e comercial; d) quanto à qualidade do objeto da relação de consumo: apenas bens ou também serviços; e) quanto ao tipo de bens: só bens móveis ou também imóveis; f) quanto ao tipo de serviço: só serviços privados ou também serviços públicos.[67]

---

[66] BOURGOGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, São Paulo, Revistas dos Tribunais, p. 7-51, 1992.

[67] BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 628, fevereiro de 1988, p. 71.

O Código de Defesa do Consumidor adota em seu art. 2º, *caput*, a seguinte definição: *"consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"*. Tal norma conceitua o **consumidor em sentido estrito**. Há, ainda, três normas do CDC que tratam da definição dos **consumidores equiparados**, que podem ser divididos nas seguintes espécies: a coletividade (art. 2º, parágrafo único); a vítima de acidente de consumo (*bystander* – art. 17 do CDC); e o consumidor potencial (art. 29).

O conceito mais importante é o de consumidor em sentido estrito, do qual destaco três requisitos para a sua configuração: a) ser pessoa física ou jurídica; b) adquirir ou utilizar um produto ou serviço; c) ser o seu destinatário final.

No que tange ao primeiro requisito, o consumidor pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica, ao contrário do que ocorre em ordenamentos jurídicos de diversos outros países, que normalmente limitam o consumidor à pessoa física[68].

Quanto ao segundo requisito, o consumidor em sentido estrito é aquele que efetivamente estabelece a relação de consumo, ou seja, realmente consome produto ou serviço. No entanto, tal exigência não é absoluta, pois há possibilidade de extensão de aplicação do CDC para os consumidores por equiparação.

Porém é o terceiro requisito que mais suscitou polêmicas na doutrina e jurisprudência. Com efeito, a expressão "destinatário final" não explicita se a utilização do produto ou serviço deve ocorrer apenas para usufruto pessoal ou se pode ser efetivada no bojo de uma atividade econômica. Formaram-se três correntes sobre o tema, que passam a ser analisadas.

2.1.1 Teoria finalista ou subjetiva

A teoria finalista preconiza que o consumidor é apenas aquele que utiliza o produto ou serviço adquirido para seu uso próprio, sem utilizá-lo com fins econômicos. Desse modo, tal teoria preconiza que consumidor é apenas o **destinatário final econômico**, ou seja, aquele que

[68] BOURGOGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor, *op. cit*.

usa o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial.[69]

Essa parece ser a mais adequada interpretação do art. 2º do CDC. Com efeito, não se pode perder de vista a matriz constitucional da proteção do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V), cuja inserção na Constituição Federal foi efetivada com o intuito de re-equilibrar uma relação profundamente desigual entre fornecedor e consumidor. A tutela concebida pelo CDC visa justamente tal equilíbrio e não faria sentido uma proteção especial àqueles que utilizam o produto ou serviço como insumos ou etapas de sua atividade produtiva, devendo, em consequência, tal relação ser regida pelas normas da legislação civil ou comercial[70].

Aliás, José Reinaldo de Lima Lopes destaca que o desequilíbrio na relação jurídica entre o fornecedor e o consumidor justifica a própria existência da normatização da relação de consumo[71].

Fábio Konder Comparato, em artigo pioneiro no Brasil sobre o tema escrito quinze anos antes da promulgação do CDC, ressaltava um aspecto primordial para a concepção do consumidor: a sua submissão "ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários". O jurista destacava, também, que a proteção do consumidor refere-se "ao indivíduo ou grupo de indivíduos os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado

---

[69] FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos dos consumidores. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 25. Geraldo Vidigal entende que o CDC adotou o **conceito econômico de consumidor**, e, assim, a empresa jamais será consumidora, por exercer atividade produtiva, não se podendo confundir bens finais e bens intermediários. Ver, a propósito: VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. In: ICBC. *Cadernos ICBC 22: Lei de defesa do consumidor*. São Paulo: ICBC, 1991, p. 5-27.

[70] Tal aspecto é bastante salientado na doutrina finalista. Ver, especialmente, MARQUES. Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002, p. 278-280 e BENJAMÍN, Antônio Herman. O Conceito jurídico de consumidor, *op. cit.*, p. 77-78.

[71] LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 78-79. O autor destaca que: "É certo que uma pessoa jurídica pode ser consumidora em relação a outra; mas tal condição depende de dois elementos que não foram adequadamente explicitados neste particular do Código. Em primeiro lugar, o fato de que os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital. Em segundo lugar, que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor não veio para revogar o Código Comercial ou o Código Civil no que diz respeito a relações jurídicas entre partes iguais, do ponto de vista econômico".

como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com as suas atividades empresariais próprias” [72].

Assevere-se que os partidários do finalismo entendem que a promulgação do Código Civil de 2002 veio a reforçar o acerto da sua teoria[73]. Com efeito, o art. 966 do novo Código Civil considera empresário “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. Nesse contexto, como regra geral, não seriam considerados consumidores aqueles que adquirissem produtos ou serviços no bojo de uma atividade econômica, já que, em tal caso, eles seriam considerados empresários.

2.1.2 Teoria maximalista ou objetiva

A teoria maximalista preconiza a ampliação do conceito de consumidor, motivo pelo qual recebeu tal denominação. Defende a tese de que a definição de consumidor adotada pelo art. 2º do CDC possui um conteúdo objetivo, sendo, assim, indiferente se quem consome desenvolve ou não atividade econômica endereçada ao lucro[74]. Portanto, o consumidor seria o **destinatário final fático** do produto ou do serviço, ou seja, aquele que o retira do mercado e o consome, ainda que no bojo de uma atividade produtiva[75].

---

[72] COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil* n. 15/16, p. 89-105, 1974, p. 90 e 91. Fica bastante nítida a influência que tal concepção teve sobre os partidários da corrente finalista.

[73] Ver, sobretudo, as observações de PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. *Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 131-152.

[74] Cláudia Lima Marques sintetiza bem os pilares de tal teoria: "(...) os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2° deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2° é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e é, claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família." (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, *op. cit.*, p. 254- 255).

[75] Ver, a propósito, EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46 e ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A Proteção jurídica do consumidor*, 3ª ed., Saraiva: 2002, p. 26-27.

A teoria maximalista possui duas subcorrentes. A primeira (que é a mais extensiva de todas) postula que o Código de Defesa do Consumidor veio para regular todo o mercado de consumo e não apenas para proteger o consumidor não profissional e considera consumidor aquele que compra o produto como insumo de sua atividade[76]. Inclusive, tal vertente admite que o consumidor utilize o produto ou serviço com finalidade profissional, desde que não proceda à sua revenda[77]. Em relação à aquisição de serviços, afora hipóteses mais remotas de aquisição em nome de outrem ou de repasse do serviço a terceiros, normalmente a empresa que contrata serviço é considerada consumidora pela teoria maximalista[78].

No entanto, pode ser contraposto o argumento de não ser possível enquadrar como consumidor o agente econômico que adquire um produto como insumo, transformando-o para revenda. Em tal hipótese, a rigor, ele se enquadra na definição de fornecedor adotada pelo art. 3º do CDC.

Na realidade, o campo em que a teoria maximalista mais prosperou foi o da segunda subcorrente, que entende haver relação de consumo nas situações em que um empreendedor de atividade econômica adquire um produto no bojo de seu empreendimento, não o utilizando para fins de transformação ou comercialização, mas apenas com finalidade instrumental. É o caso, por exemplo, de uma montadora de automóveis que adquire aparelhos de ar condicionado ou mobiliário para os seus escritórios. Nessa hipótese, ela não irá transformar ou revender os produtos, pois foram adquiridos de maneira instrumental, não sendo absolutamente imprescindíveis para o desenvolvimento de sua atividade econômica. Para a teoria maximalista haveria relação de consumo no exemplo dado, uma vez que o produto é

---

[76] Colhem-se da jurisprudência dois exemplos típicos de existência de consumo para a teoria maximalista. Destaco inicialmente trecho do seguinte julgado: “A expressão "destinatário final", constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento”. (STJ - RESP 208793 - Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Terceira Turma - DJ 01.08.2000, p. 264 - RDR v. 18 p. 337 RT v. 787 p. 202). Transcrevo, ainda, o seguinte trecho de outro acórdão do STJ: ”O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor” (STJ -REsp 445854 – Rel. Ministro Castro Filho - Terceira Turma - DJ 19.12.2003 p. 453 e RJADCOAS v. 54 p. 38).

[77] ALMEIDA, João Batista. *A Proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva 3ª ed., 2004, p. 40.

[78] Constitui exemplo de tal orientação maximalista o seguinte acórdão do STJ: “Insere-se no conceito de "destinatário final" a empresa que se utiliza dos serviços prestados por outra, na hipótese em que se utilizou de tais serviços em benefício próprio, não os transformando para prosseguir na sua cadeia produtiva. Estando a relação jurídica sujeita ao CDC, deve ser afastada a cláusula que prevê o foro de eleição diverso do domicílio do consumidor”. (STJ – 3ª TURMA - RESP 488274 - Rel. Ministra Nancy Andrighi - DJ 23.06.2003 p. 367 RDDP v. 6 p. 227 e RJADCOAS v. 49 p. 119 RSTJ v. 178 p. 268).

retirado da escala de produção, sendo o seu adquirente o **destinatário fático** do produto, não o utilizando diretamente na sua atividade produtiva[79]. Em tais casos os defensores da teoria argumentam que mesmo na hipótese do adquirente não possuir inferioridade econômica, normalmente não deterá a mesma capacidade técnica do fornecedor[80].

2.1.3 Teoria finalista ampliada

Como já ressaltado, para a teoria finalista não há relação de consumo no caso de utilização instrumental do produto ou serviço adquirido por pessoa jurídica que desenvolve atividade empresarial. Isso porque a empresa adquirente não será o **destinatário econômico** do bem ou serviço.

Assevere-se, no entanto, que diversos partidários da teoria finalista admitem a aplicação do CDC a situações que envolvam profissionais modestos ou pequenas empresas, desde que não haja revenda ou transformação do produto ou serviço e esteja presente a nota de vulnerabilidade.

Portanto, a teoria finalista ampliada entende possível estender a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a situações nas quais em um polo está o fornecedor e no outro um empresário que contrata em condição de vulnerabilidade[81].

A ampliação da proteção do CDC é possível por intermédio de duas técnicas. A primeira dá-se através da extensão do próprio conceito de consumidor em sentido estrito estabelecido no seu art. 2º, *caput*. A outra técnica consiste na utilização da figura do consumidor equiparado do art. 29[82]. Nos dois casos, com fundamentos diversos, chega-se ao mesmo resultado: a extensão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao profissional ou empresa que é destinatário fático não econômico, mas apresenta, concretamente, vulnerabilidade em relação ao fornecedor.

---

[79] COELHO, Fábio Ulhoa. A compra e venda, os Empresários e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, São Paulo, Revistas dos Tribunais, p. 36-43, 1992.

[80] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

[81] MARQUES. Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, *op. cit.*, *passim*.

[82] PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. *Código de defesa do Consumidor e Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*, *op. cit.*, p. 131-152.

Partilho do entendimento de que o modo mais coerente de estender tal aplicação dá-se através da figura do consumidor equiparado. Tal interpretação possui a vantagem de conceituar o consumidor em sentido estrito como sendo sempre o destinatário final econômico. Por outro lado, permite a extensão do CDC, por equiparação, à pessoa física ou jurídica que apresente vulnerabilidade na relação com o fornecedor, ainda que não seja o destinatário final econômico. A aplicação extensiva é harmônica com a matriz constitucional da proteção do consumidor, cujo objetivo, ao alçá-la à categoria de direito fundamental e princípio geral da ordem econômica, foi o de compensar a desigualdade na relação entre consumidor e fornecedor. Ademais, encontra amparo no art. 4º, I, do CDC, que expressamente inclui o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" como um dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo.

No entanto, tal extensão deve ser utilizada com parcimônia, apenas de modo excepcional, sob pena de subverter os fundamentos da proteção do consumidor, sendo admissível somente nas situações em que fique concretamente demonstrada a vulnerabilidade do adquirente, a ponto de permitir a sua equiparação a um consumidor.

É necessária uma nota de esclarecimento quanto à questão da necessidade de provar, em concreto, a incidência de vulnerabilidade. A menção a tal prova tem suscitado crítica de partidários da doutrina maximalista[83]. Não discordo que, efetivamente, a vulnerabilidade é intrínseca à relação de consumo e, assim, há uma presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor em sentido estrito. No entanto, tal presunção não pode ser estendida ao consumidor por equiparação, em especial ao empresário, já que distorceria as finalidades do CDC.

Desse modo, a comprovação da vulnerabilidade não é exigida do consumidor em sentido estrito, ou seja, aquele que adquire o produto ou serviço para satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar, como destinatário final fático e econômico do bem. A exigência dá-se somente na hipótese de excepcionalmente estender-se a aplicação do CDC ao empresário que adquirir produto ou serviço com finalidade instrumental (ou seja, não diretamente relacionada com a sua atividade empresarial) e mostrar-se, no caso concreto, vulnerável.

---

[83] Por exemplo: KHOURI, Paulo Roque. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 47-48.

2.1.4 Evolução jurisprudencial

A análise da evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores permite concluir pela prevalência do acatamento da teoria finalista pelo Poder Judiciário, como é a seguir demonstrado.

O Supremo Tribunal Federal adotou de modo expresso a teoria finalista, em relevantíssimo precedente no qual julgou pedido de homologação de sentença estrangeira[84]. Tratou-se do caso em que empresa brasileira dedicada à fabricação de toalhas firmou um contrato de importação de algodão com empresa irlandesa. Houve litígio entre as partes que foi resolvido por arbitragem, nos termos estipulados no contrato. A empresa irlandesa, que foi vencedora na arbitragem, ingressou com homologação da sentença arbitral junto ao Supremo Tribunal Federal a fim de posteriormente executá-lo. No entanto, a empresa brasileira contestou a homologação, sustentando a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor. Seu principal argumento foi o de que o laudo arbitral não seria válido, pois teria sido imposto por intermédio de contrato de adesão sem o devido destaque à respectiva cláusula.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela não incidência do Código de Defesa do Consumidor, por entender que no caso concreto inexistiu relação de consumo, já que o produto adquirido (algodão) era utilizado como insumo da atividade econômica da empresa adquirente (a fabricação de toalhas). A Suprema Corte do Brasil perfilhou-se, assim, à teoria finalista, no sentido de que é apenas consumidor o destinatário final econômico. Destaco, a propósito, o seguinte trecho da ementa do acórdão:

> HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO. REQUISITOS FORMAIS: COMPROVAÇÃO. CAUÇÃO: DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI Nº 9.307/96. CONTRATO DE ADESÃO: INEXISTÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS. INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
> (...)
> 5. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu artigo 2º, aplica-se somente a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza

[84] O julgamento foi objeto de inúmeros comentários, destacando-se o excelente artigo de MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso “T” vs. “A”: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36, out.-dez. 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 221-240.

> produto ou serviço como destinatário final". Pedido de homologação deferido. [85]

O segundo precedente é o julgamento da ADI nº 2591, em que o STF, ao julgar constitucional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços financeiros, ressaltou a importância do destino final econômico para a configuração da relação de consumo em tais serviços. Tal perspectiva fica clara ao se analisar o seguinte tópico da ementa do julgamento: "3. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito"[86].

Já no Superior Tribunal de Justiça a matéria foi longamente discutida, tendo sido alvo de intensa controvérsia, havendo acórdãos que adotaram a teoria maximalista e outros que acataram a teoria finalista[87].

Inicialmente, a Segunda Seção do STJ uniformizou a jurisprudência no sentido da teoria maximalista[88]. No entanto, posteriormente tal entendimento foi modificado com o julgamento do Recurso Especial 541867, o qual restou assim ementado:

---

[85] STF - SEC 5847 – Rel. Min. Maurício Corrêa - Tribunal Pleno - DJ de 17-12-1999, p. 4, ement. v. 01976-02, p. 236.

[86]STF - ADI-ED 2591 - Tribunal Pleno – Rel. Min. Eros Grau - DJ de 13-04-2007, p. 83, ement. v. 02271-01, p. 55. Cumpre transcrever o seguinte trecho do voto do Min. Eros Grau sobre o tema: "4. Também não resta dúvida no que tange à caracterização do cliente de instituição financeira como consumidor, para os fins do artigo 170 da Constituição do Brasil. A relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo. (...) O art. 2º do Código diz que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". E o § 2º do art. 3º define como serviço "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". Assim temos que, para os efeitos do Código do Consumidor, é "consumidor", inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Isso não apenas me parece, como efetivamente é, inquestionável. Por certo que as instituições financeiras estão, todas elas, sujeitas ao cumprimento das normas estatuídas pelo Código de Defesa do Consumidor".

[87] Para uma análise mais detalhada das diversas interpretações jurisprudenciais ver: PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002, op. cit., p. 131-152.

[88] STJ- CC nº 41056 - Segunda Seção - Rel. Min. Nancy Andrighi - DJ 20/09/2004, p. 181. Destaco a ementa do julgado:

- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

- O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa."

> COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.
> – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.
> Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. [89]

Assevere-se que o Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgamentos posteriores ao precedente acima citado, vem adotando a teoria finalista ampliada. Com efeito, o STJ expressamente acata a tese de ser possível a aplicação extensiva do CDC à situação em que se mostre, no caso concreto, incidente situação de vulnerabilidade, ainda que haja atividade empresarial. Isso fica claro em julgados das duas Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ que se seguiram ao *leading case* acima destacado, como se observa da ementa abaixo transcrita de acórdão da Terceira Turma:

> Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação.
> - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC [90].

Destaco, ainda, a fundamentação acolhida na seguinte ementa de julgado da Quarta Turma do STJ:

> 1. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a

---

[89] STJ -REsp 541867 – Rel. para o acórdão: Ministro Barros Monteiro - Segunda Seção - DJ 16.05.2005, p. 227.
[90] STJ - AgRg no REsp *687239* – 3ª T. – Rel. Min. Nancy Andrighi - DJ 02.05.2006, p. 307. No mesmo sentido: STJ – 3ª T. – Resp nº 476428 – Rel. Min. Nancy Andrighi - DJ 09.05.200,5 p. 390 e RSTJ v. 193, p. 336.

> determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.
> 2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lídimo cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância.[91]

Como se pode observar, o STJ acata a doutrina finalista, considerando consumidor apenas aquele que adquire o produto ou serviço para o seu uso próprio ou familiar. Entende o STJ que não se caracteriza a relação de consumo nas hipóteses em que a aquisição do produto ou do serviço dá-se no desenvolvimento de uma atuação empresarial, pois, nesses casos, não incide a figura do destinatário final econômico.

No entanto, a jurisprudência do STJ admite também a teoria finalista ampliada, aplicando o Código de Defesa do Consumidor para situações em que, não obstante haja a aquisição do produto ou serviço no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, esteja presente, no caso concreto, a nota de vulnerabilidade (art. 4º, I c/c os artigos 29, 17 e 2º, parágrafo único do CDC). Essa é a posição consagrada por parcela representativa da doutrina e que entendo ser a mais adequada.

2.1.5 Concepção dominante sobre a definição de consumidor em sentido estrito

Em síntese, é possível desenvolver o seguinte esquema para explicitar o entendimento predominante sobre a definição de consumidor expressa no CDC:

A. Sempre há relação de consumo quando a aquisição do produto ou serviço der-se para a satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar do adquirente. Assim, incide relação de consumo caso tais aquisições não sejam efetivadas no bojo de uma atividade empresarial

---

[91] STJ – REsp 660026 - 4ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini - DJ 27.06.2005, p. 409. Há, ainda, acórdão que esposou o mesmo entendimento em relação à empresa que consumia energia elétrica no seu processo produtivo: STJ – REsp 661145 - 4ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini - DJ 28.03.2005, p. 286.

exercida pelo comprador. Nesse caso o consumidor será o **destinatário final econômico e fático** do serviço ou produto.

B. Por outro lado, não incidirá relação de consumo nas hipóteses em que o adquirente não for o destinatário final fático, como, por exemplo, nas aquisições para fins de revenda ou transformação. Igualmente, não haverá relação de consumo caso a aquisição do serviço ou do produto der-se no bojo de uma atividade empresarial; ou, em outras palavras, a utilização do serviço ou produto for instrumental ao desenvolvimento de atividade empresarial. Isso ocorre, por exemplo, caso uma empresa contraia um empréstimo para ampliação da sua atividade ou adquira bens e serviços no bojo de sua atividade econômica (como, por exemplo, material de escritório, computadores, aparelhos de ar-condicionado, etc.).

B.1. No entanto, mesmo na hipótese de a aquisição do produto ou serviço ocorrer no exercício da atividade empresarial pode ser excepcionalmente aplicado o CDC caso esteja presente, em concreto, uma situação de vulnerabilidade (técnica, econômica ou jurídica) e tal aquisição não se dê para fins de revenda ou transformação. Nesse caso, a nota de vulnerabilidade permite a aplicação do Código ao consumidor equiparado (art. 4º, I, c/c artigos 29, 17 e o parágrafo único do art. 2º do CDC).

2.1.6 Consumidor equiparado

No presente item serão analisadas as hipóteses de consumidor equiparado existentes em três normas do CDC (o parágrafo único do art. 2º, o art. 17 e o art. 29).

2.1.6.1 Da coletividade que tenha intervindo na relação de consumo (art. 2º, parágrafo único do CDC)

O parágrafo único do art. 2º do CDC dispõe: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Trata-se da concepção difusa e coletiva do consumidor. Assim, não se tutela apenas o consumidor individual que tenha adquirido o produto ou o serviço, mas também o consumidor em sua dimensão coletiva ou difusa, beneficiando, inclusive, os **consumidores em potencial**. Tal concepção relaciona-se com o conceito de consumidor. Assim, a coletividade dos

consumidores é formada por aqueles que efetiva ou potencialmente adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatários finais econômicos do bem.

A concepção difusa e coletiva reforça a disposição estabelecida no art. 81 do CDC de que "*a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo*". Isso fica claro na corrente jurisprudencial que entende que os entes legitimados pelo art. 82 do CDC podem propor ações coletivas caso o direito tutelado seja de titularidade de consumidores, como será ressaltado no Capítulo 5.

Aliás, a tutela do consumidor pelas normas de defesa da concorrência pauta-se pela perspectiva coletiva, pois o impacto das decisões dos órgãos de defesa da concorrência dá-se em relação à coletividade dos consumidores, não sendo analisados ou arbitrados conflitos em uma relação de consumo individual. Se a proteção coletiva no âmbito do CDC pressupõe a figura do consumidor tal como definido no caput do seu art. 2º, entendo que a mesma perspectiva deve ser adotada pela legislação de defesa da concorrência[92]. O tema será aprofundado no item 2 do presente capítulo.

2.1.6.2 O terceiro atingido (*by stander* - art. 17 do CDC)

Outra hipótese de extensão do conceito de consumidor é a do art. 17 do CDC que equipara aos consumidores todas as vítimas de acidentes de consumo para as finalidades da incidência das regras de responsabilidade civil.

Tal norma permite aplicar o CDC àquele que, muito embora não tenha participado da relação de consumo, foi atingido por um acidente de consumo. Por exemplo, em um desastre de avião, os consumidores em sentido estrito seriam os passageiros, que são os usuários do serviço de transporte aéreo contratado. No entanto, o CDC permite, através da norma do art. 17, a extensão da aplicação do CDC a todos aqueles que sofreram um dano decorrente de um acidente de avião. Desse modo, por meio de tal norma faz-se possível estender a aplicação do CDC aos proprietários de veículos ou imóveis que foram atingidos em decorrência da queda de um avião. Ademais, aplicam-se as disposições do CDC a todos os familiares das eventuais vítimas do acidente aéreo.

[92] Tal matéria será tratada no tópico 3 que trata do conceito unificado de consumidor.

Tal norma vem sendo aplicada pela jurisprudência, tanto que o Superior Tribunal de Justiça, em importante precedente, estendeu a proteção do CDC a todas as pessoas, consumidoras em sentido estrito ou não, que tiveram danos em decorrência de explosão de loja de fogos de artifício[93].

2.1.6.3 O consumidor equiparado do art. 29 do CDC

O art. 29 do CDC é a norma por excelência para a efetivação da equiparação do empresário vulnerável. O dispositivo estabelece que: "*Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas*".

A norma permite, em primeiro lugar, a proteção do consumidor em potencial, ou seja, aquele que, muito embora não tenha concretamente estabelecido uma relação de consumo pode vir a fazê-lo[94] estando exposto a ser também uma vítima de práticas abusivas, de publicidade enganosa ou de outros abusos dos fornecedores.

Tal equiparação é importante para viabilizar a prevenção a lesões efetivadas contra direitos dos consumidores, principalmente no que concerne à repressão administrativa a práticas abusivas ou a propositura de ações (ou elaborações de termos de ajuste de conduta) para cessar práticas abusivas. Trata-se de equiparação que reforça a possibilidade de proteção preventiva e coletiva.

A segunda perspectiva permitida pelo artigo 29 do CDC é a extensão da aplicação do CDC a empresários que demonstrem serem vulneráveis no caso concreto estando expostos a

---

[93]REsp 181580 - Ministro CASTRO FILHO – 3ª Turma - DJ 22.03.2004 p. 292; RJADCOAS v. 55 p. 42 e RSTJ v. 180 p. 341. Transcrevo o seguinte trecho da ementa: "II- Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança".

[94] BOURGOGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor, *op. cit.*, p. 27. Destaco, a propósito, as seguintes observações do autor sobre a importância da tutela dos consumidores em potencial: "(..)nada justifica excluir os adquirentes não-compradores de um bem ou de um serviço. Uma pessoa pode ter tomado contato com um bem ou serviço por múltiplas outras vias que a assinatura de um contrato de compra-venda individual ou empresarial, sem perder por isso a qualidade de consumidor; seja quando o fornecimento do bem venha acompanhado de um serviço (p. ex., o uso de loção capilar por um cabeleireiro, a substituição de uma peça defeituosa por um técnico, etc.)".

práticas abusivas dos fornecedores, já que a norma é utilizada como fundamento da teoria finalista ampliada.

2.2 Conceito de consumidor na Lei nº 8.884, de 1994

A Lei nº 8.884, de 1994 menciona a expressão "consumidor" em seu art. 1º, *caput* (que inclui a defesa do consumidor entre os princípios constitucionais que orientam a aplicação da lei de defesa da concorrência); no art. 24, III (que inclui a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa dos Consumidores entre as sanções por infração contra a ordem econômica); no art. 27, VI (o qual estabelece que a lesão aos consumidores é uma circunstância agravante no cálculo da sanção aplicada por infração contra a ordem econômica); e no art. 54, § 1º, inciso II e § 2º (dispositivos que tratam da preservação dos interesses dos consumidores na análise de atos de concentração). Há, ainda, expressa menção ao Código de Defesa do Consumidor no art. 29 da Lei nº 8.884, de 1994, que estabelece os legitimados para a propositura de ação coletiva para reparação de danos ou cessação de prática infrativa, bem como no art. 83 da mesma lei, que determina a aplicação subsidiária dos dispositivos do CDC aos processos administrativo e judicial nela previstos.

No entanto, em nenhuma de suas normas a Lei nº 8.884, de 1994, define o significado de consumidor. Tal circunstância leva à seguinte indagação: o conceito a ser esposado pelos aplicadores da lei de defesa da concorrência deve ser o mesmo que é adotado no âmbito das relações de consumo ou deve ser diferenciado?

Trata-se, aliás, de debate que ocorre no âmbito do direito comparado, uma vez que a maior parte das leis de defesa da concorrência que aludem aos interesses dos consumidores não o conceituam, gerando a dúvida sobre a aplicação da mesma definição existente na legislação de proteção específica dos consumidores.

É o caso, por exemplo, da Itália, que não traz o conceito de consumidor na Lei que trata da proteção da concorrência. Nesse caso, há diversos autores que defendem a tese que a lei de defesa da concorrência, ao empregar o termo consumidor não se refere apenas aos usuários

finais, abarcando todos os adquirentes dos produtos ou serviços, o que compreenderia também os compradores intermediários industriais ou comerciais[95].

Nos Estados Unidos também não há definição do termo consumidor para a finalidade da política de defesa da concorrência, não existindo uma definição seja nas leis de proteção da concorrência, seja nas normas administrativas que fixam as diretrizes de análise dos atos de concentração. Robert Lande, por exemplo, defende que o conceito pode ser tomado de forma ampliada, envolvendo também os adquirentes intermediários, diante da ausência de uma definição expressa nas normas de defesa da concorrência dos Estados Unidos. Entende, ademais, que efetivar a distinção traria excessiva complexidade na análise antitruste, pois demandaria a análise de cada caso concreto para verificar se os interesses dos consumidores finais foram atingidos[96].

No Brasil, justamente pela ausência de definição na lei de defesa da concorrência, a jurisprudência do CADE não possui um conceito unívoco de consumidor. Com efeito, na maioria dos julgados do CADE não se nota preocupação com o debate da definição de consumidor, havendo, no entanto, algumas exceções. Um caso em que houve tal investigação, com influência, inclusive, na delimitação da decisão final do Conselho, foi o julgamento da operação em que as empresas OPP Petroquímica S/A, Poliolefinas S/A e Polisul Petroquímica S/A, realizaram acordo com a central fornecedora de matéria-prima (a Companhia Petroquímica do Sul – COPESUL) para viabilizar a expansão da produção de eteno e propeno indispensáveis à fabricação de produtos de segunda geração[97].

A discussão central girou em torno de possíveis restrições que poderiam ocorrer no fornecimento da matéria prima necessária para a produção de derivados de eteno e propeno (a chamada segunda geração do pólo petroquímico) para empresas não envolvidas no ato de concentração. Por maioria de votos, o CADE aprovou a operação com a condição de que

---

[95] CASSINIS, Paolo; FATTORI, Piero. Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori. *In*: ALPA. Guido; LEVI, Vana. *I diritti dei consumatori e degli utenti: um commento alle Leggi 30.7.1998 N. 281 e 24.11.2000 N. 340 e al decreto legislativo 23.4.2001 N. 224*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 195. Ver, também: FRIGNANI, A.; PARDOLESSI, R.; PATTRONI GRIFFI, A.; UBERTAZZI, L.C. *Diritto Antitrust Italiano. Bologna: Zanichelli*, 1993, p. 415.

[96] KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The Chicago School's foundation is flawed: antitrust protects consumers, not efficiency. In: PITOFSKY, Robert. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analy*sis *on U.S. Antitrust*. *Oxford: Oxford University*, 2008, p. 103, nota de rodapé 92.

[97] AC nº 54/99. Requerentes: OPP Petroquímica S/A, Poliolefinas S/A e Polisul Petroquímica S/A. Relator: Conselheiro Antônio Fonseca. Conselheira designada para lavrar o acórdão: Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000160671535.pdf. Acesso em 10.3.2009.

durante a execução do projeto de expansão do pólo petroquímico houvesse a oferta pública da matéria-prima disponibilizada no desgargalamento, bem como sempre que se constatassem excedentes entre as quantidades já contratadas e consumo de cada planta. Foram ainda impostas diversas obrigações para as empresas, a serem disciplinadas através da celebração de um Termo de Compromisso de Desempenho[98].

No entanto, apesar de haver a preocupação com os integrantes da segunda geração que não faziam parte do grupo controlador do pólo petroquímico, eles não foram tratados como consumidores. Houve debate sobre o tema entre o Conselheiro Relator originário, que chegou a denominá-los de consumidores, e a Conselheira designada para redigir o acórdão, cujo voto foi o condutor da decisão do CADE, a qual expressamente afastou a tese de que os integrantes da segunda geração pudessem ser considerados consumidores, uma vez que eles adquiriam os gases produzidos pela primeira geração como insumo da sua atividade empresarial, transformando a matéria prima em outros produtos. Nesse caso prevaleceu a posição de que a definição de consumidor para os fins da aplicação da legislação antitruste equivale à acatada pela teoria finalista. Assim, o Plenário do CADE entendeu que o sujeito tutelado pelo art. 54, § 1º, II, da Lei nº 8.884, de 1994 é o destinatário econômico e fático do bem ou serviço. Reproduzo, a propósito, o seguinte trecho do voto:

> Discordo respeitosamente da extensão proposta pelo Relator do conceito de consumidor às empresas de 2ª geração integrantes do pólo. No meu entender, o inciso III do parágrafo 1º do art. 54 da Lei não permite referência às empresas integradas do pólo como consumidores, nem a identificação do interesse dessas empresas com o interesse dos consumidores. O inciso revela a preocupação do legislador com o problema mais geral que relaciona eficiência e bem-estar. Nesse sentido, proteger e estimular a concorrência significa não apenas promover a eficiência, mas assegurar que esta não se traduza exclusivamente em maiores lucros, mas também em mais e melhores produtos de menor custo e que em última instância beneficiam os consumidores finais [99].

Outro caso em que o conceito de consumidor foi importante para o resultado final da decisão do CADE foi a condenação da Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe –

---

[98] O teor do Compromisso de Desempenho encontra-se disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000160671974.pdf. Acesso em 12.08.2009.

[99] Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000160721099.pdf. Acesso em: 12.08.2009.

AHES e seus associados por impor tabela de preços para a contratação dos seus serviços[100]. Em sua defesa os representados alegaram que a tabela em questão foi prevista em acordo firmado com entidade representativa de planos de saúde que operam em sistema de autogestão (o CIEFAS) e revestia-se da natureza de convenção coletiva de consumo, prevista no art. 107 do Código de Defesa do Consumidor.

Como já referido no item 1.4 do Capítulo 1, o CADE não se pronunciou sobre a eventual compatibilidade da convenção coletiva prevista no art. 107 do CDC com as normas constitucionais e legais de defesa da concorrência. Entendeu que seria desnecessária tal investigação por verificar que o acordo firmado não se revestia da natureza de uma convenção coletiva de consumo, uma vez que as operadoras de planos de saúde filiadas ao CIEFAS não poderia ser considerado consumidoras, pois não eram as destinatárias finais dos serviços prestados pelos hospitais. Na realidade, elas eram intermediárias entre os hospitais e os pacientes que eram os efetivos destinatários finais dos serviços hospitalares.

No entanto, houve casos em que o CADE não seguiu o mesmo rigor metodológico na definição de consumidor. Por exemplo, no julgamento de ato de concentração entre as duas principais empresas que operavam a plataforma de SMS (*Short Messages Services*) no Brasil, o voto condutor considerou como consumidoras as empresas de telefonia que contratavam os serviços de SMS[101]. Resta claro que sequer pela teoria maximalista tais empresas poderiam ser consideradas consumidoras, por não serem destinatárias finais fáticas do serviço, o qual é usufruído justamente pelos clientes de tais operadoras de telefonia. Neste caso, elas são meras intermediárias, revendendo o serviço adquirido aos consumidores finais. Tanto que outra passagem do mesmo voto menciona como consumidores os clientes das operadoras de telefonia, estes sim efetivamente os usuários finais do SMS[102].

---

[100] Processo Administrativo nº 08012.009987de 1998-13. Relator: Conselheiro Thompson Andrade. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000061561091.pdf.

[101] AC nº 08012.008593/2002-03. Requerentes: CMG Plc e Lógica PLC. Conselheiro Relator: Fernando de Oliveira Marques Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000010471321.pdf. Ver, particularmente, as considerações às fls. 8 do voto condutor, em que denomina as empresas adquirentes de consumidoras e destaca o poder de barganha que elas possuem, ressaltando que "na hipótese de tentativa de exercício de poder de mercado pelas empresas que comercializam plataformas SMS, as consumidoras tenderiam a reagir imediatamente".

[102] *Ibidem.*

Por outro lado, nota-se que na maior parte dos julgados do CADE que mencionam os consumidores não há preocupação em explicitar o seu conceito, embora o benefício que se buscou resguardar tenha sido efetivamente o do destinatário final[103].

2.3 Conceito unificado de consumidor

Não obstante o tema ser polêmico, a interpretação sistemática da Constituição Federal torna possível no Brasil a adoção de um conceito unificado de consumidor, tanto para os fins do CDC, como para a lei de proteção da concorrência. Esta interpretação é plausível por ser a mais condizente com a harmonização dos dispositivos constitucionais contidos nos incisos IV e V do art. 170 da Constituição Federal. Com efeito, ao elevar tanto a livre concorrência como a defesa do consumidor à categoria de princípios gerais da ordem econômica, a Constituição privilegiou a sua aplicação coerente e harmônica. Neste contexto, nada melhor do que adotar uma única concepção de consumidor para evitar riscos de interpretações desencontradas.

Tal argumento é fortalecido pela circunstância de que a lei de defesa da concorrência em momento algum definiu o significado de consumidor. Assim, o seu conceito deve ser buscado no CDC, já que é a única norma legal que estipula uma definição de consumidor. Como a doutrina finalista é a teoria mais adotada pela doutrina e jurisprudência para o conceito de consumidor, entendo que ela deva ser acatada não somente para fins de aplicação do CDC, mas também na execução da política de defesa da concorrência.

O ponto que poderia suscitar maior controvérsia para a interpretação esposada é a dicção do art. 54, § 1º, II da Lei nº 8.884, de 1994 que utiliza a expressão "*consumidores ou destinatários finais*".

Resta claríssimo que tanto a definição do CDC como a expressão utilizada na Lei de defesa da concorrência excluem os adquirentes intermediários (ou seja, aqueles que utilizam o produto ou serviço diretamente em sua atividade produtiva, revendendo-os, transformando-os

[103] Ver, por exemplo: Ato de Concentração n° 83/96 - Requerentes: Cia. Antarctica Paulista e Anheuser-Bush lnternational Inc. Conselheira Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva; AC nº 08012.001697/2002-89. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade; AC nº 53500.029160/2004. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. AC nº 08012.001885/2007-11. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Em nenhum desses casos, cujo teor será analisado no Capítulo 4, houve a definição de consumidor, embora a preservação de seus interesses tenha sido mencionada como fundamento das restrições efetivadas nas operações.

ou os utilizando como insumo), os quais não estão compreendidos na categoria de consumidores, pois não são, em nenhuma hipótese, destinatários finais do produto ou serviço.

A dúvida que poderia ser suscitada é se haveria a possibilidade da proteção incidir não apenas aos consumidores, mas também aos empresários que adquirem o produto ou serviço com finalidade instrumental, não os transformando ou revendendo, porém os utilizando no bojo do desenvolvimento da sua atividade econômica.

No entanto, parece mais razoável o entendimento de que a expressão "usuários finais" foi utilizada como sinônimo de consumidor, sendo, aliás, a mesma expressão constante do art. 2º do CDC, que trata do consumidor em sentido estrito, não havendo razão para uma interpretação extensiva[104].

Se a atual redação ainda pode dar margens a dúvidas, a dicção adotada no Projeto de Lei nº 3.937-b, de 2004 encerra qualquer polêmica. Com efeito, utiliza apenas a expressão "consumidores" [105] e, assim, o conceito deve ser necessariamente buscado no CDC o que, pelos fundamentos expostos, equivale apenas ao destinatário final econômico do bem ou serviço.

Assim, também na perspectiva da aplicação da lei de defesa da concorrência o consumidor deve ser considerado como o destinatário final fático e econômico do bem ou serviço. Portanto, não podem ser considerados como consumidores os adquirentes de bens ou serviços que os revendem, transformam ou os utilizam como insumos em sua atividade produtiva. Tais agentes enquadram-se na categoria de fornecedores (art. 3º do CDC) não podendo, assim, ser tratados como consumidores.

Igualmente, como regra geral, não são considerados consumidores para as finalidades da política de defesa da concorrência os adquirentes "instrumentais", ou seja, aqueles que,

---

104 O mesmo entendimento é partilhado por CARPENA, Heloisa. O Consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 231. Afirma a autora que: "a lei foi clara ao referir a "consumidores ou usuários finais", adotando sem dúvida o conceito instituído pelo CDC. Portanto, não se trata de tutelar interesses de pequenas empresas, distribuidores, varejistas ou concorrentes, participantes do processo produtivo. Apenas o benefício proporcionado ao consumidor, seja relativo a preços, qualidade, segurança ou mesmo variedade de produtos ou serviços, constitui fundamento de legalidade do ato".

105 O Projeto de Lei nº 3.937-b de 2004 trata do tema correlato ao art. 54, § 1º da Lei nº 8.884, de 1994, em seu art. 88, § 6º. Assim, possibilita a autorização de atos que limitem a concorrência, desde que atinjam eficiências econômicas e "*sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes*". Como se pode observar, o Projeto de Lei utiliza exclusivamente a expressão "consumidores", sem se referir mais a "usuários finais". O tema é aprofundado no Capítulo 4 do presente trabalho.

mesmo sem a transformação direta do produto, o utilizam no desempenho de uma atividade empresarial, já que não são os destinatários finais econômicos do produto ou serviço.

Por outro lado, reveste-se de absoluta excepcionalidade a adoção, no âmbito da política de defesa da concorrência, do conceito finalista ampliado, o qual inclui também o empresário que seja destinatário final fático e apresente vulnerabilidade na sua relação de consumo. Ocorre que a extensão do conceito de consumidor ao empresário demanda uma análise da relação estabelecida com o fornecedor para verificar se no caso concreto há vulnerabilidade. Como na defesa da concorrência não ocorre adjudicação direta de direitos ao consumidor[106] não há necessidade (e sequer pertinência) para a análise da relação individual de consumo, já que a proteção efetivada através da legislação de defesa da concorrência é necessariamente coletiva. Assim, haveria ensejo para a ampliação do conceito apenas em hipóteses nas quais fosse evidente que a coletividade de adquirentes finais empresariais é vulnerável.

A adoção de um conceito único confere maior sistematicidade à tutela do bem-estar do consumidor pela política de defesa da concorrência. Ele deixa claro que não é qualquer "adquirente" que pode ser considerado consumidor e, assim, somente o agente econômico vulnerável deve ser sujeito de uma proteção especial.

Deve ainda ser enfrentado o argumento de que tal distinção iria adicionar muita complexidade à análise antitruste, por tornar necessário sempre analisar se há ou não interesses de consumidores em sentido estrito sendo atingidos. No entanto, é importante ressalvar que as consequências práticas da adoção do conceito finalista não são tão radicais como à primeira vista possam parecer, uma vez que normalmente haverá interesses de consumidores sendo atingidos. Assim, a regra será a presença de consumidores, sendo exceção a completa ausência de interesses dos usuários finais envolvidos em um ato de concentração ou em uma conduta. Assim, bastará à autoridade antitruste identificar, em abstrato, a inclusão da categoria de consumidores em sentido estrito dentro do universo de agentes econômicos atingidos pelos efeitos de uma conduta ou fusão, para que as normas que aludem a consumidor possam ser operadas, sendo desnecessária uma investigação aprofundada da natureza de todas as relações estabelecidas no mercado relevante atingido.

---

[106] Tal aspecto será aprofundado no capítulo 3.

Por exemplo, no âmbito do controle de atos de concentração, normalmente a intervenção da autoridade de defesa da concorrência que bloquear a fusão ou impor-lhe restrições acabará revertendo em benefício dos demais adquirentes, já que em regra não será possível cindir a decisão. Assim, a decisão de proibir ou impor restrições ao ato de concentração para salvaguardar o bem-estar do consumidor em sentido estrito normalmente reverterá também em benefício dos demais adquirentes, pela indivisibilidade da decisão adotada (ou seja, em regra não será possível modular os efeitos da decisão em razão da espécie de "comprador" atingido) [107].

Consequência prática mais intensa ocorrerá nos atos de concentração que envolvam produtos intermediários que são necessariamente transformados ou revendidos e cujos efeitos não possam atingir os consumidores finais (por exemplo, caso trate-se de matéria-prima empregada para fabricação de determinado bem e os empresários atingidos não tenham condições de repassar o aumento do preço para os produtos finais). Em tal caso efetivamente não poderão os adquirentes ter o mesmo tratamento conferido aos consumidores. No entanto, não serão muito numerosas as situações nas quais inexista qualquer tipo de efeitos sobre os consumidores finais, o que facilita a sua identificação. Assim, para contornar a suposta complexidade, basta adotar a presunção (relativa) de que o interesse do consumidor final em sentido estrito está presente, afastando-a nas situações em que ficar patente e facilmente identificável que nenhum dos compradores do produto ou serviço que compõe o mercado relevante encaixa-se em tal categoria.

Hipótese ainda mais incisiva dá-se na análise do art. 27, V, da Lei nº 8.884, de 1994, que permite o agravamento da sanção pecuniária imposta por infração contra a ordem econômica nos casos em que houver lesão aos consumidores. Assim, para que o CADE possa aplicar a agravante, além da demonstração da ocorrência de lesão, faz-se imprescindível comprovar que dentre a categoria dos adquirentes prejudicados pela infração contra a ordem econômica incluem-se também os destinatários finais econômicos. No entanto, como a presença de consumidores em sentido estrito será a regra e não a exceção, tal ônus não adicionará excessiva complexidade à análise das autoridades de defesa da concorrência.

---

[107] Tal raciocínio é válido, sobretudo, em relação aos produtos e serviços adquiridos pelos empresários vulneráveis que normalmente também são comprados pelos consumidores em sentido estrito. Assim eles também serão beneficiados pelas decisões que imponham restrições a atos de concentração com vistas a resguardar o bem-estar do consumidor em sentido estrito.

CAPÍTULO 3

OBJETIVOS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O capítulo é dedicado a destacar os objetivos centrais das normas de proteção do consumidor e da política de defesa da concorrência. Após uma exposição dos objetivos específicos de cada uma das legislações, será analisada a existência de substrato teórico e amparo legal para a inclusão da proteção do bem-estar do consumidor como um dos objetivos centrais da política de defesa da concorrência.

3.1 Objetivos da política de defesa do consumidor

A necessidade de uma proteção específica para o consumidor deriva da desigualdade intrínseca existente na relação de consumo, que foi acentuada com as grandes transformações do sistema capitalista, especialmente na produção e comercialização de bens e serviços. Um evento é fundamental para marcar as modificações na forma de consumo: a produção em série, marcada, simbolicamente, pelo taylorismo e fordismo[108]. Introduziu-se, assim, a divisão da produção em diversas etapas, com especialização das máquinas e dos operários. Ademais, as grandes empresas passaram a produzir em larga escala, a fim de diminuir os custos e preços e, assim, tornar os seus produtos mais competitivos.

O complemento à produção em série é o consumo em massa. Com efeito, as grandes escalas de produção geraram a necessidade de intenso escoamento dos bens, o que redundou

[108] O taylorismo preconizou a divisão do trabalho nas fábricas. Assim, o processo produtivo foi dividido em etapas e ao invés do empregado participar de toda a produção ele ficou responsável exclusivamente por uma das etapas. A propósito ver: TAYLOR, Frederick W. *Os princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1990. Henry Ford foi o primeiro a pôr em prática o taylorismo na sua empresa "*Ford Motor Company*". Posteriormente, ele inovou com o processo do fordismo que absorveu aspectos do taylorismo, organizando a linha de montagem de cada fábrica para produzir mais.

em diversas pessoas consumindo o mesmo tipo de produto[109]. Surge, então, a figura do consumidor[110].

Nesse contexto, a publicidade assumiu um papel de extrema importância, diante da necessidade de divulgação dos produtos produzidos em série para que eles fossem consumidos em massa. Para tanto as estratégias de publicidade visaram não apenas a fixação da marca e a sua diferenciação perante outras, mas também o estabelecimento de padrões de consumo. Em outras palavras, não há apenas a preocupação de divulgação do produto ou serviço, mas sim a imposição de um padrão de vida associado ao consumo. Criam-se, assim, novas necessidades, a serem preenchidas com o consumo de determinados produtos ou serviços[111]. A publicidade, assim, está indissoluvelmente ligada à sociedade de consumo[112].

O crédito também ganha extremo realce, sendo utilizado para financiar não apenas a produção, mas também o consumo de bens e serviços.

A venda dos produtos e serviços produzidos em série e em larga escala também veio acompanhada dos contratos massificados. Com efeito, seria impossível ao fornecedor negociar cada um dos contratos dos milhares (e, em alguns casos milhões) de bens produzidos ou de serviços ofertados[113]. Assim, os contratos passaram a ser elaborados em série, com cláusulas pré-formatadas, em que os consumidores não negociam o seu teor. Na realidade, a sua escolha restringe-se a contratar ou não o produto ou serviço. Caso desejem adquirir o produto ou serviço, aos consumidores somente resta a alternativa de assinar o contrato tal qual formatado pelo fornecedor. Por isso são denominados de adesão: o consumidor opta exclusivamente por aderir ou não ao contrato, sem que o tenha negociado previamente[114].

---

[109] MCKENDRICK, Neil. Summary of "The consumer revolution of eighteenth-century in England". In: GOODWIN, Neva R.; ACKERMAN, Frank; KIRON, David (Ed.). *The consumer society*. Bloomington: Indiana University Press, 1997. O autor ressalta que a revolução de consumo teve significado para o lado da demanda análogo ao dos efeitos da revolução industrial sobre o lado da oferta.

[110] COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*, n. 15/16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 90.

[111] Sobre a relação entre produção em série e publicidade ver: SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *O direito do consumidor e a publicidade*. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 13 e SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

[112] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 189.

[113] Ver, a propósito, as considerações de NUNES, Rizatto. *Curso de Direito do Consumidor, op. cit.*, p. 4.

[114] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor, op. cit.*, p. 68. A autora divide os contratos de massa em duas categorias: contratos de adesão e cláusulas gerais dos contratos. Efetiva a seguinte

No momento em que começaram a surgir os contratos em massa ainda vigorava a concepção liberal sobre o predomínio da liberdade contratual e da autonomia da vontade, de acordo com a qual deveria haver pequena regulação dos contratos e efetivo respeito ao seu conteúdo[115]. Assim, a intervenção do Estado deveria ser mínima, favorecendo-se a liberdade de contratar. Ademais, na análise dos contratos não deveria haver preocupações com a justiça distributiva, procurando-se privilegiar ao máximo o que foi pactuado entre as partes[116].

Evidentemente, a aplicação dos ditames liberais clássicos tornava mais vulnerável a posição do consumidor na sua relação com o fornecedor[117]. Com efeito, seria falacioso continuar a preconizar a absoluta autonomia da vontade ou *pacta sunt servanda* em relação a contratos que não foram previamente negociados, em que uma parte simplesmente aderiu à proposta da outra.

Paulatinamente foram editadas regras disciplinadoras dos contratos, relativizando-se a força dos pactos contratuais, nas situações em que houve a imposição de cláusulas abusivas. Assim, diversas normas protetivas do consumidor foram introduzidas, em linha, por sinal, com a crescente intervenção do Estado na economia[118].

Acentue-se, aliás, que a proteção do consumidor não é uma reação contra o mercado, mas na realidade visa a sua própria preservação e adequado funcionamento, procurando

---

diferenciação: "A expressão "cláusulas gerais dos contratos" enfatiza mais a fase pré-contratual onde são elaboradas estas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidos ao público contratante, enquanto, utilizando a expressão contratos de adesão, a doutrina francesa destaca o momento da celebração do contrato, dando ênfase à vontade criadora do contrato, vontade esta que somente adere à vontade já manifestada do outro contratante".

[115] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 38. Observa o autor: "Vale dizer, cálculo e segurança inerentes à produção capitalista exigem uma dupla garantia: (a) contra o Estado (=liberalismo político) e (b) em favor do mercado (=liberalismo econômico). A lei assegura a primeira garantia (correspondente ao liberalismo político) e, concomitantemente, é posta a serviço da preservação do mercado (=liberalismo econômico; a liberdade econômica em suas duas faces, liberdade pública e liberdade privada). Em síntese: o que se protege são as autonomias individuais dos agentes econômicos (em termos diretos e incisivos: as autonomias individuais dos produtores burgueses). Daí a fundamental importância, para a circulação mercantil, do conceito de sujeito de direitos, que supõe a capacidade de contratar de indivíduos livres e iguais".

[116] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e proteção do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 46.

[117] *Ibidem*, p. 47. O autor observa que: "A idéia básica do direito contratual do século XIX incorpora a idéia do Estado liberal, no qual o direito maximiza a liberdade dos indivíduos, favorece a autoconfiança e assume uma postura indiferente frente a determinadas desigualdades sociais".

[118] GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 30 alerta que a necessidade de edição de leis estatais de regulação do mercado faz-se pela nítida constatação de que deixar o mercado regular-se por suas próprias leis causaria inúmeros males.

solucionar algumas falhas por ele apresentadas[119]. No caso específico das relações de consumo uma falha particularmente acentuada é a assimetria de informação, que constitui uma das preocupações centrais das legislações de proteção do consumidor. Nesse contexto, o fortalecimento da figura do consumidor (com a tentativa de reequilibrar a sua posição vulnerável na relação com o fornecedor) é importante para a performance do mercado[120].

Se por um lado a natureza dos contratos foi sendo modificada, inclusive com a adoção maciça de contratos de adesão com cláusulas padrões, por outro lado foram sendo editadas normas permitindo ao Poder Judiciário o exame da validade de tais cláusulas. Surge, assim, a noção de cláusulas abusivas, permitindo-se ao Juiz a declaração de sua nulidade[121].

Por seu turno, a produção em massa aumentou a probabilidade de haver defeitos nos produtos. Efetivamente, a constante inovação coloca no mercado produtos e serviços cada vez mais sofisticados e suscetíveis de causar danos. Estes dois fatores ampliaram o risco de ocorrência de acidentes de consumo, o que determinou tanto o rigor no controle preventivo (sendo, assim, impostas normas para a fabricação de produtos e para a prestação de serviços) como redundou na implementação do sistema de responsabilidade objetiva para a reparação dos danos ocasionados pelos acidentes de consumo[122].

Esse breve apontamento sobre as principais modificações da dinâmica de consumo e da regulação contratual foi efetivado com o intuito de melhor contextualizar e explicar os objetivos centrais da legislação específica de defesa do consumidor. Com efeito, diante da nova realidade do mercado capitalista, da produção em série, do consumo e contratação em massa, da intensa publicidade e do predomínio dos contratos por adesão, surgiu a necessidade de proteção específica do consumidor.

A reivindicação da tutela dos consumidores teve ampla mobilização popular, com atuação destacada de organizações não governamentais como a IOCU (*International Organization of Consumers Union*) que, posteriormente, veio a redundar na criação da

---

[119] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 10, São Paulo, Revistas dos Tribunais, p. 21-26, 1994.
[120] BOURGOGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consummation*. Bruxelas: Story-Scientia, 1988, p. 65.
[121] SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
[122] MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Consumers International. A organização teve profunda influência na edição da Resolução ONU 39/248, de 9 de abril de 1985, que será adiante comentada[123].

No direito comparado, o início da proteção do consumidor nos Estados Unidos da América é marcado por preocupações principalmente com a questão de preços e de segurança de alimentos e medicamentos, tendo sido adotadas leis sobre a matéria no início do Século XX[124]. Posteriormente, John Kennedy , no exercício do cargo de Presidente dos Estados Unidos da América, em 15 de março de 1962, dirige ao Congresso célebre mensagem, que é tida como o marco fundamental da preocupação do Estado com a proteção específica do consumidor. No documento são enfocados quatro direitos básicos: à informação, à segurança, à escolha e a ser ouvido[125].

No plano internacional a norma mais importante é a Resolução ONU 39/248, de 9 de abril de 1985 sobre a proteção do consumidor, que estabeleceu as seguintes diretrizes para a política de defesa dos consumidores: a) proteção dos consumidores contra perigos para sua saúde e segurança; b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; c) acesso dos consumidores à informação adequada que os habilitem a fazerem escolhas conscientes, conforme seus desejos e necessidades individuais; d) educação do consumidor; e) disponibilidade de assistência técnica eficaz ao consumidor; f) liberdade para organizar associações de consumidores e outros grupos ou organizações relevantes, e a oportunidade de tais organizações apresentarem suas visões em decisões que possam afetá-los.

Segundo a aludida Resolução da ONU, os objetivos de tais diretrizes seriam: a) ajudar os países a alcançar ou manter uma proteção adequada à sua população como consumidores; b) facilitar a produção e distribuição de padrões de respostas para as necessidades e desejos de consumidores; c) encorajar níveis altos de conduta ética por aqueles encarregados da produção e distribuição de mercadorias e serviços para os consumidores; d) ajudar os países a coibir práticas comerciais abusivas em todos os negócios nos níveis nacionais e internacionais que adversamente afetem os consumidores; e) facilitar o desenvolvimento de grupos de

---

[123] SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9-10.
[124] KOTLER, Philip. *Marketing*. São Paulo: Atlas, 1986, p. 555. O autor destaca que as primeiras normas de proteção do consumidor foram: *Meat Inspection Act* (1906), *Pure Food and Drug Act* (1914) e *Federal Trade Commission Act* (1914).
[125] DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 47.

consumidores independentes; f) incentivar a cooperação internacional no campo de proteção ao consumidor; g) encorajar o desenvolvimento de condições de mercado as quais proporcionem aos consumidores uma maior opção de escolha a preços mais baixos.

Embora sem a força cogente de um Tratado Internacional, a Resolução teve grande impacto, influenciando tanto a decisão dos países em implementar uma política de defesa do consumidor, como os textos das leis nacionais de proteção, que via de regra seguiram as diretrizes constantes de seu texto, como foi, por exemplo, o caso do Brasil.

O texto foi particularmente importante para os países da América Latina que tiveram uma inserção mais tardia no mercado de consumo. E se o desenvolvimento de uma sociedade de consumo, influenciada pelos padrões hegemônicos dos Estados Unidos da América foi mais intensa apenas após a segunda guerra mundial, a edição de leis específicas de proteção do consumidor nos países da região demorou ainda mais e é um fenômeno bastante recente, concretizado sobretudo a partir da década de noventa[126].

A edição de lei específica para a defesa do consumidor advém da constatação de sua desigualdade[127]. Justamente por tal circunstância, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo é o princípio estruturante do Código de Defesa do Consumidor no Brasil[128].

Nesse contexto, o CDC prevê normas compensatórias para as principais dificuldades enfrentadas pelos consumidores em razão da sua desigualdade intrínseca frente ao fornecedor. O advento do código trouxe um novo paradigma para a regulação das relações de consumo, que partindo da premissa do desequilíbrio intrínseco existente nas relações de consumo,

---

[126] O tema é aprofundado por SODRÉ, Marcelo Gomes, *op. cit.*, p. 32-37 e p. 40-46.

[127] Ver, entre outros: CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consomation*. Paris: Delloz, 1996 e RAMSEY, Iain. *Consumer protection: cases and materials*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1989.

[128] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto; (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 100 e 103. O autor afirma que "o reconhecimento da vulnerabilidade é um princípio de caráter estritamente normativo. Ele pode ser considerado um critério geral de interpretação, mais do que uma presunção, uma definição e, por isso, todas as políticas (as ações concretas, os planos, a legislação e a adjudicação dos conflitos de consumo) devem presumir (postular) esta vulnerabilidade". Complementa ainda o autor que "o princípio da vulnerabilidade é, de fato, um princípio definidor. Ele dá a estrutura do campo do direito do consumidor, que é protetivo. As repercussões do 'princípio da vulnerabilidade' (princípio definidor, ou seja, estipulação normativa ou pressuposto de interpretação) encontram-se em toda parte no CDC: todo o elenco do art. 6º (direitos básicos) só faz sentido a partir da postulação de que o consumidor é vulnerável. Não é necessário, em cada caso, analisar a capacidade econômica do consumidor para determinar o dever do fornecedor".

estabelece uma série de normas de natureza compensatória a fim de conferir tratamento desigual a partes efetivamente desiguais (o fornecedor e o consumidor) [129].

Os artigos 1º a 7º do CDC estabelecem o que se convencionou chamar de parte geral das relações de consumo. O art. 4º, que trata da política nacional das relações de consumo, inclui, dentre os objetivos fundamentais, a "melhoria da qualidade de vida dos consumidores" e a harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, com base na boa-fé e equilíbrio na sua relação, reconhecendo, ainda a "vulnerabilidade dos consumidores".

O Código de Defesa do Consumidor contém normas endereçadas aos maiores problemas verificados na relação de consumo, o que fica claro através da análise dos direitos básicos nele elencados (art. 6º do CDC).

Em primeiro lugar cumpre destacar o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, preço, garantia, prazos de validade e origem, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (art. 6º, III e art. 31 do CDC).

Ressalto, também, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos e desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

O CDC estabeleceu uma concepção social do contrato, com limitações legais à tradicional regra da incondicionada autonomia da vontade, a fim de atenuar o desequilíbrio nas relações de consumo [130]. Prevê, inclusive, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V).

---

[129] Ver: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, op. cit.* A autora ensina que o CDC concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematizando suas normas a partir da idéia básica de proteção de apenas um sujeito diferente da sociedade de consumo que é o consumidor.

[130] MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 74, aduz que: “A nova concepção de contrato é um concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta (...). À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo, o direito destacará o papel da lei como limitadora e verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais”.

Merece, ainda, destaque a previsão de responsabilidade objetiva para a integral reparação dos danos materiais e morais ocasionados ao consumidor, revelando que o escopo do CDC vai muito além da mera proteção contratual[131].

Outra importantíssima ênfase do Código de Defesa do Consumidor é a estabelecida na cláusula geral de boa-fé, cuja presença é exigida não somente no momento da celebração do contrato, mas também antes da sua finalização (na publicidade e nas tratativas) e no decorrer de sua execução [132].

Portanto, a lei de defesa do consumidor tem a preocupação com o consumidor de forma imediata, explicita e não com a estrutura do mercado. Sua principal finalidade é estabelecer um equilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo e, na medida em que reconhece a vulnerabilidade do consumidor, coloca ao seu dispor institutos e instrumentos que lhe garantirão as efetivas e integrais prevenções e reparação dos danos que tenham sido causados pelo fornecedor de produtos ou serviços[133].

Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor é focado essencialmente na vulnerabilidade do consumidor, preocupando-se tanto com a proteção individual quanto com a proteção coletiva. Efetiva sempre um controle comportamental, jamais estrutural. Com efeito, é a conduta do fornecedor na relação de consumo que é disciplinada no Código e não a estrutura do mercado ou a relação do fornecedor com os seus concorrentes.

Em outras palavras, almeja-se alterar determinado comportamento do fornecedor ou sancionar conduta indevida. A estrutura do mercado não é pressuposto para incidência das regras de proteção do consumidor.

Ademais, o CDC possui preocupação também com a esfera individual, ou seja, contém inúmeras regras que são endereçadas à proteção do consumidor individualmente considerado. Observo que mesmo a proteção coletiva normalmente dá-se no âmbito da relação concreta de

---

[131] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas Comerciais, *op. cit.*, p. 203. O autor destaca que: "O Código não se limitou ao regramento das relações contratuais de consumo. A proteção do consumidor tem início em momento anterior ao da realização do contrato de consumo. O legislador reconheceu, então, que a relação de consumo não é apenas a contratual. Ela surge, igualmente, através das técnicas de estimulação do consumo, quando, de fato, ainda sequer se pode falar em verdadeiro consumo, e sim em expectativa de consumo. A publicidade, portanto, como a mais importante destas técnicas, recebeu especial atenção no Código".

[132] CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. *Revista do Advogado*, n. 47, AASP, março de 1996, p.12.

[133] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 34, p. 79-87, abr./jun. 2000.

consumo. É o que ocorre, por exemplo, com as ações coletivas para reparação de danos a direitos individuais homogêneos, em que se opera a defesa do consumidor em concreto. Não nego que, principalmente no âmbito das ações civis públicas, bem como na celebração de termos de ajuste de conduta, além de aspectos repressivos há também preocupações preventivas, que beneficiam não apenas os consumidores em concreto (ou seja, aqueles que estabeleceram uma relação de consumo) como os consumidores em potencial (aqueles que não estabeleceram a relação de consumo, mas podem fazê-lo). No entanto, tal circunstância não invalida o argumento de que, mesmo no âmbito da proteção coletiva o consumidor, muitas vezes a proteção somente é dada a quem estabeleceu a relação de consumo concretamente.

Passo, então, a analisar como as normas de proteção do consumidor tratam de um objetivo que é compartilhado com a política de defesa da concorrência, porém com perspectivas diferenciadas: a tutela do direito de escolha.

3.1.1 Defesa do consumidor e direito de escolha

O direito de escolha é tutelado tanto pelo direito do consumidor como pelas normas de defesa da concorrência, porém com diferentes instrumentos e enfoques. Apesar de tais distinções é um objetivo comum. No presente item é destacada a forma como as normas de proteção do consumidor contribuem para o aperfeiçoamento do processo de escolha.

O direito de escolha é expressamente mencionado no art. 6º, II do Código de Defesa do Consumidor, que inclui como um dos direitos básicos do consumidor "*a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações*".

Assim, o próprio CDC relaciona educação e direito de escolha, já que um consumidor educado possui melhores condições de ter a consciência necessária para escolher adequadamente. Brito Filomeno destaca que o inciso II do art. 6º do CDC alcança duas espécies de educação: 1) a formal, que seria a prestada pela rede de ensino pública e privada; 2) a informal, a cargo dos próprios fornecedores e dos órgãos públicos e associações de defesa

do consumidor. O autor, inclusive, alude à importante atividade de divulgação de pesquisas sobre o valor da cesta básica feita pelo PROCON do Estado de São Paulo[134].

Importante também mencionar outras iniciativas, como pesquisas de preços praticados por diversos varejistas em relação a um determinado produto ou testes comparativos entre diversos bens, atividade a que se dedicam muitos órgãos e associações de defesa do consumidor. Também merecem destaque as cartilhas de esclarecimento dos consumidores sobre novos direitos conquistados. Tais atividades auxiliam bastante a escolha refletida dos consumidores.

Ainda nesse campo deve ser ressaltada uma obrigação imposta aos órgãos administrativos de proteção do consumidor, que possui caráter tanto educativo como informativo para o consumidor. Trata-se da divulgação do cadastro de reclamações fundamentadas, que é de grande importância para o auxílio da escolha refletida do consumidor, possuindo também uma significativa dimensão concorrencial.

Estipula o art. 44 o dever dos órgãos públicos em manter "*cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente*".

Assim, tais cadastros são importantes para conferir transparência às relações de consumo, bem como diminuírem a vulnerabilidade do consumidor, na medida em que as informações neles contidas são de grande utilidade para o exercício de seu direito de escolha. Permitem que o consumidor reflita se vai ou não adquirir determinado produto ou serviço, além de fornecer parâmetros para ele escolher melhor o seu fornecedor naquelas atividades econômicas em que há diversos concorrentes.

Tais cadastros oferecem aos consumidores uma idéia clara de quais são os setores e fornecedores que apresentam maior índice de reclamação, podendo, ainda, dimensionar se os fornecedores que constam do cadastro costumam entrar em acordo para resolver os eventuais conflitos que venham a ocorrer. Ademais, os consumidores poderão identificar os

[134] FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos dos consumidores, *op. cit.*, p. 82.

fornecedores que possuem um padrão superior de atendimento, seja por não constarem do cadastro, seja por possuírem poucos registros e atenderem às demandas existentes[135].

Estabelece ainda o § 1° do art. 44 o dever do órgão de defesa do consumidor dar publicidade aos dados colhidos, cuja divulgação deve ser feita no interregno mínimo de um ano. Tal divulgação é essencial para garantir efetivo acesso dos consumidores às informações constantes do cadastro[136].

Destaco ainda dois elementos que o Código de Defesa do Consumidor elegeu como centrais para o aperfeiçoamento do processo de escolha: informação e publicidade, cuja disciplina interessa tanto à defesa da concorrência quanto à proteção do consumidor[137].

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor possui uma extensa preocupação com o direito à informação adequada[138], por entender que ela é essencial para a garantia de uma escolha refletida. Ademais, veda a publicidade enganosa, na medida em que ela deturpa o processo de reflexão do consumidor. Assim, há a necessidade tanto do estabelecimento de normas que obriguem o oferecimento de informações e sancionem a publicidade enganosa, como de órgãos públicos e associações não governamentais que fiscalizem o cumprimento de tais normas[139].

3.1.1.1 Informação e exercício de escolha

A distribuição assimétrica de informações na economia é tida como uma das mais importantes falhas de mercado[140] e compõe com destaque o rol de custos de transação, sendo um dos elementos que acentuam a vulnerabilidade do consumidor.

---

[135] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Práticas abusivas, cobrança de dívidas e cadastros de consumo. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.
[136] BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. Capítulo V: das práticas comerciais, p. 280.
[137] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85-90.
[138] Ver, sobretudo, art. 6º, I e art. 31 do Código de Defesa do Consumidor.
[139] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, *op. cit.*, p. 286.
[140] As principais falhas de mercado são: concentração econômica, assimetria de informações, externalidades e bens públicos. É matéria de suma importância para a teoria da regulação e para a defesa da concorrência. Sobre falhas de mercado e direito do consumidor ver: RAMSEY, Iain. *Consumer protection: cases and materials*, *op. cit*., p. 43-44.

Sendo muito mais custoso ao consumidor buscar a informação, deve tal encargo ser transferido ao fornecedor, que poderá buscá-la e proporcioná-la a um menor custo[141]. Assim, além de ser um imperativo de equidade, tal solução é a mais eficiente do ponto de vista econômico. Inclusive, uma das funções primordiais dos mecanismos de normalização e certificação é a atenuação dos custos de busca de informação, além, obviamente, da proteção da saúde e segurança do consumidor[142].

O direito à informação foi estabelecido como uma das prerrogativas mais importantes dos consumidores pela Resolução ONU 39/248, como já referido no início do presente Capítulo. Possui, no caso brasileiro, previsão constitucional, uma vez que o art. 5º, XIV da Constituição Federal estabelece que a informação deve ser a todos assegurada.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor conferiu elevado destaque para a tutela da informação, por entender que ela é essencial para a garantia de uma escolha refletida. Assim, o dever de informação possui íntima relação com o princípio da boa-fé, pois é justamente através das informações prestadas que o consumidor decide o que e de quem consumir[143]. E o fluxo de informação, assim como o respeito à boa-fé, deve ser constante, ao longo de todo o relacionamento do consumidor com o fornecedor. Por tal motivo, é abusivo o comportamento do fornecedor de negar informações essenciais e de alterar unilateralmente cláusulas contratuais[144].

A informaçao está, também, umbilicalmente relacionada com o princípio da transparência[145], que integra com destaque a Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, *caput*, do CDC).

---

[141] LORENZETTI, Ricardo *Consumidores.* Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 128

[142] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, *op. cit.*, p. 286.

[143] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais, op. cit.*, p. 772. A autora assim define o dever de informar: "é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar 'comum' o que era sabido apenas por um".

[144] Na jurisprudência destaco o acórdão do STJ que associa a informação à boa-fé: "1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. 2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV e § 1º do CDC". (STJ - REsp 418572 – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 4ª T. – Dje 30/03/2009).

[145] ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor.* Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 29.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que a informação é um dos direitos básicos do consumidor, mencionando-a em diversos artigos, com destaque para o art. 6º, I e o art. 31.

Em recente voto em Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Herman Benjamin estabeleceu a seguinte distinção entre as diversas categorias de informação estabelecidas pelo art. 31 do CDC, as quais se relacionam em diálogo e sobreposição: "a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= para que se presta e se utiliza o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento do produto ou serviço), e d) informação-advertência (= sobretudo quanto aos riscos do produto ou serviço)"[146].

O dever de informação é contínuo, incidindo em todas as fases da relação de consumo, antes da formação do contrato, no momento de sua assinatura, na sua execução e mesmo após seu término (sendo essencial, por exemplo, na eventual cobrança de dívidas).

Inclusive, a informação integra a noção de serviço adequado, como já estatuiu o STJ ao julgar válida a determinação judicial de discriminação das ligações telefônicas na fatura apresentada ao consumidor[147]. Assim, a informação é um dever constante, particularmente incisivo nos contratos relacionais de longo prazo.

No entanto, a informação com maior impacto concorrencial é a prestada no momento pré-contratual, pois ela influencia decisivamente a decisão do consumidor em consumir determinado produto ou serviço e de quem o adquirir. Assim, a informação "é um fator essencial do desenvolvimento da concorrência" [148].

Dessa maneira, o Código de Defesa do Consumidor possui a preocupação em evitar que a informação seja prestada de forma enganosa, pois isso prejudica tanto o consumidor como os concorrentes, que por práticas abusivas de maus fornecedores vêem-se em desvantagem competitiva. Saliente-se, inclusive, que a informação verdadeira não é apenas a

---

[146] STJ - REsp 586316 – Rel. Min. Herman Benjamin – 2ª Turma - DJe de 19/03/2009.

[147] STJ - REsp 684712 – Rel. Min. José Delgado – 1ª T. - DJ de 23/11/2006 p. 218. Transcrevo o seguinte trecho da ementa: "Não é razoável que se exclua do conceito de "serviço adequado" *o* fornecimento de informações suficientes à satisfatória compreensão dos valores cobrados na conta telefônica. Consectário lógico da consagração do direito do consumidor à informação clara e precisa, detalhada é a impossibilidade de condicioná-lo à prestação de qualquer encargo. O fornecimento do detalhamento da fatura há de ser, portanto, gratuito".

[148] BOURGOIGNIE, Thierry *Proposition pour une Loi Générale sur la Protection des Consommateurs*, Bruxelas: Story-Scientia, 1988, p. 41.

que esclarece o conteúdo, preço e qualidade dos produtos, mas também aquela que não omite aspectos essenciais, em obediência ao princípio da boa-fé. Tal concepção guarda coerência com o disposto no art. 4º, VI do CDC, que inclui a repressão à concorrência desleal entre os direitos básicos dos consumidores.

Neste contexto, nos termos do art. 31 do CDC a informação "deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e, em língua portuguesa" [149]. O dispositivo é aplicável à oferta não publicitária (que se dá, por exemplo, através dos rótulos dos produtos), sendo a clareza e veracidade atributos importantes tanto para o adquirente como para a concorrência em geral.

O serviço de crédito é um campo em que há particular necessidade de transparência de preços para possibilitar que o consumidor colete informações sobre os valores praticados na concessão das diversas modalidades de empréstimos de cada uma das instituições financeiras. Trata-se de informação de suma importância tanto para viabilizar a procura do consumidor pelo melhor preço quanto para permitir ao consumidor que saiba o efetivo montante que irá pagar ao longo da duração da sua dívida. Assim, tanto a informação pré-contratual como a contratual e a pós-contratual são de enorme importância. Tanto isso é verdade que o art. 52, *caput*, do CDC estabelece uma série de informações que obrigatoriamente devem constar nos contratos de financiamento, a fim de que seja o consumidor adequadamente informado sobre o montante da dívida contraída[150].

A propósito do tema, cumpre mencionar a Resolução nº 3.517, de dezembro de 2007 do Conselho Monetário Nacional que determinou a obrigatoriedade de informação do Custo Efetivo Total (CET) das operações de crédito. A Resolução coaduna-se com o já citado comando do art. 52, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, determinando o fornecimento de informação essencial para que o consumidor tenha um real parâmetro de comparação e, assim, exercite uma opção consciente pelo fornecedor de crédito.

---

[149] BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. Capítulo V: das práticas comerciais, *op. cit.*, p. 180.

[150] Dispõe o art. 52 do CDC que: "*No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento*".

As informações parciais, desagregadas, não permitiam ao consumidor ter a real noção do custo incorrido em um empréstimo. Por exemplo, pouco adianta o consumidor deter informação sobre o valor da taxa de juros, mas não das tarifas que serão cobradas. Tal informação é insuficiente para permitir que ele possa saber o real custo do empréstimo e, assim, comparar com ofertas de crédito de outras instituições financeiras. A ciência do custo efetivo total possibilita uma informação mais precisa que lhe permite melhores parâmetros de comparação e, assim, qualifica a sua possibilidade de escolha, dinamizando, ainda, a concorrência entre os bancos.

3.1.1.2 Vedação à publicidade enganosa

Outra importante contribuição da proteção do consumidor à defesa da concorrência dá-se com a repressão à publicidade enganosa, na medida em que ela deturpa o processo de reflexão do consumidor.

A publicidade assume papel central na vida econômica, pois por meio dela são criados e acentuados hábitos de consumo essenciais para o escoamento dos bens e serviços produzidos e ofertados em massa.

A publicidade possui três elementos essenciais: 1) o seu caráter promocional, direcionado à divulgação de produtos e serviços; 2) o seu caráter econômico e; 3) o seu caráter persuasivo, na medida em que busca angariar a adesão do consumidor para o produto ou serviço divulgado[151].

Há duas modalidades principais de publicidade: a promocional, que possui um escopo de curto prazo, em que busca a divulgação de um determinado produto ou serviço e a institucional, que tem um objetivo de longo prazo, em que busca afirmar positivamente a imagem do anunciante[152].

---

[151] Ver, a propósito de tais elementos: PASQUALOTO, Adalberto. Oferta e publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.
[152] *Ibidem*, p. 60.

O estabelecimento de parâmetros para a publicidade é de suma importância para o consumidor, que é extremamente vulnerável ao seu apelo. Com efeito, a preocupação fundamental da mensagem publicitária é a de seduzir e não a de transmitir informações. Assim, os publicitários são seletivos na informação, transmitindo o que lhes interessa em termos de apelo e de resposta à mensagem[153].

Nesse contexto, é essencial o regramento da publicidade, a fim de que o consumidor não seja por ela prejudicado. Assim, o CDC procurou disciplinar os aspectos mais importantes da publicidade e seus impactos nas relações de consumo.

Dentre os requisitos de licitude da publicidade perante o Código de Defesa do Consumidor, três merecem destaque: identificação, veracidade e não abusividade. Tais aspectos, aliás, guardam íntima relação com o princípio da transparência e da boa-fé objetiva, insertos no art. 4º do CDC.

Em primeiro lugar a publicidade deve permitir que o consumidor a identifique como tal (art. 36 do CDC). Veda-se, assim, a publicidade subliminar ou mensagens que se revestem de aparência jornalística ou científica, mas que na realidade visam divulgar produtos ou serviços.

A veracidade, por seu turno, é pedra angular da disciplina da publicidade no âmbito do CDC, que em seu art. 37 proíbe tanto a publicidade enganosa por ação como por omissão. Considera, assim, como enganosa toda publicidade "inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços" (art. 37,§ 1° do CDC).

Assim, a veracidade é essencial, devendo, inclusive, o fornecedor guardar consigo os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária, nos termos do art. 36, parágrafo único do CDC. Tal dever é corolário do ônus que recai sobre o fornecedor em demonstrar a veracidade e correção da mensagem publicitária (art. 38 do CDC).

Assim, não cabe ao consumidor ou aos órgãos encarregados de sua proteção o ônus de comprovar a ausência de veracidade, mas sim ao patrocinador da mensagem publicitária o dever de demonstrar a correção da mensagem veiculada.

---

[153] SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da, *op. cit*, p. 102.

Aliás, não é enganosa apenas a publicidade falsa, mas também a parcialmente falsa. Outro requisito é a potencialidade de induzir o consumidor a erro, não se exigindo a demonstração concreta de que o consumidor foi levado a engano. Protege-se, sobretudo, a dimensão difusa, por isso basta a demonstração da potencialidade de haver o engano[154].

A enganosidade pode dar-se também por omissão, que ocorre nas hipóteses em que o fornecedor deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (art. 37, § 3° do CDC). Um interessante exemplo extraído da jurisprudência foi o caso de campanha publicitária de empresa fabricante de refrigerantes cujas tampinhas continham impressões gráficas que davam direito a concorrer a prêmios. No entanto, houve problemas na impressão de algumas tampinhas e a empresa omitiu-se no alerta aos consumidores de que tais defeitos retirariam o direito ao prêmio. O Poder Judiciário considerou que tal inércia na informação constituía publicidade enganosa por omissão[155].

A obediência à transparência e boa-fé, concretizada na veiculação de uma mensagem publicitária veraz, amplia o bem-estar do consumidor, que não é levado a engano e tem contato com elementos informativos e persuasivos que orientam o seu processo de escolha. Ademais, o padrão ético na veiculação publicitária beneficia a concorrência, pois confere lealdade ao processo competitivo. Portanto, a repressão à enganosidade beneficia tanto o consumidor como a concorrência.

Uma questão interessante e que dá margem a grande impacto concorrencial é a reputação das marcas, vantagem competitiva usufruída sobretudo por empresas multinacionais de grande porte, que leva o consumidor a ter maior confiança na sua qualidade e na facilidade da reparação do produto por vícios que apresentar, em especial durante o período de garantia. A reputação da marca incute no consumidor maior confiança no produto e na possibilidade de melhor exercer os direitos correlatos, sendo uma barreira a ser superada pelos demais concorrentes. Evidentemente que tal aspecto não é deletério, muito menos ilícito. Muito pelo contrário, é um atributo da empresa conquistado com grande esmero e investimento, inclusive em publicidade. Nesse contexto, a reputação angariada com o bom desempenho da empresa e

---

[154] Esta é a visão, por exemplo, de BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, e de PASQUALOTO, Adalberto. Oferta e publicidade no Código de Defesa do Consumidor, *op. cit.*, p. 67.

[155] REsp 327257 Rel. Min. Nancy Andrighi - 3ª T. - DJ 16/11/2004, p. 272. Transcrevo o seguinte trecho da ementa: “A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor”.

em publicidade é algo absolutamente natural no processo competitivo, sendo um dos traços marcantes do sistema capitalista.

No entanto, se é saudável que a empresa invista em publicidade para fixar a sua marca e com isso angariar a preferência dos consumidores, é deletério (e ilícito) que ela o faça através de publicidade enganosa. Através de tal expediente o consumidor é levado a erro (já que identifica equivocadamente um atributo que a empresa não possui) e os concorrentes que eticamente se recusam a enganar o consumidor são prejudicados, pois perdem clientes para a empresa que praticou a enganosidade.

Destaco um importante precedente jurisprudencial que determinou que a subsidiária brasileira de empresa multinacional arcasse com a garantia de produtos da marca adquiridos no exterior. O Superior Tribunal de Justiça interpretou que a publicidade empreendida pela empresa no Brasil dava a entender que a garantia contra defeitos aplicava-se indistintamente a todos os produtos da marca da empresa, independentemente do local em que fossem adquiridos. Como a empresa beneficiava-se da intensa publicidade e da respeitabilidade da marca no âmbito mundial, utilizando tal fator como um diferencial perante os seus concorrentes, cabia à subsidiária brasileira a responsabilidade de prestar assistência técnica de reparação do produto adquirido no exterior durante o prazo de garantia. Reproduzo, a propósito, a ementa do acórdão:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.
>
> I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

> II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.
> III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.[156]

Trata-se de decisão que deixa clara a tangência entre concorrência e defesa do consumidor, já que a determinação do Poder Judiciário beneficia tanto o consumidor como impõe um padrão de lealdade na concorrência: se a empresa explora o apelo da marca, induzindo o consumidor a entender que todos os seus produtos têm os defeitos cobertos pela garantia no território nacional (inclusive os adquiridos fora do Brasil), ela possui o dever de arcar com tal compromisso, já que ele levou inúmeras pessoas a optar pela aquisição de seu produto e não o de um concorrente.

Outro interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça, que demonstra o impacto concorrencial da publicidade enganosa, é o julgamento de Recurso Especial em que foi analisada a validade de sanção administrativa imposta por órgão de defesa do consumidor a empresa que utilizou o slogan "*diet* por natureza", veiculando a mensagem de que o seu produto possuía um diferencial em relação aos seus concorrentes. Nesse caso, além do Código de Defesa do Consumidor foram aplicados dispositivos do Decreto-lei n° 986/69, cujo art. 21 veda expressamente a divulgação no rótulo dos produtos alimentícios de qualidades ou características nutritivas superiores àquelas que realmente possuem. No caso em questão o STJ entendeu que somente poderiam receber a alcunha de dietéticos os alimentos elaborados para as finalidades de regimes alimentares (art. 2°, V do Decreto-lei n.° 986/69), o que não se aplicava à água mineral, que é vendida sem qualquer alteração em sua substância.

Um dos aspectos que o Poder Judiciário levou em consideração para auferir o potencial enganoso da publicidade foi a circunstância de ter havido aumento de vendas do produto após a veiculação da publicidade, o que demonstra que o erro a que foi levado o consumidor teve impacto concorrencial, pois aumentou a participação de mercado da

---

[156] REsp 63981 – Rel. para o acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 4ª T - DJ 20/11/2000 p. 296; JBCC v. 186, p. 307; LEXSTJ v. 139, p. 59; RSTJ v. 137, p. 389.

empresa[157]. Em consequência foi julgada válida a sanção aplicada por órgão de defesa do consumidor contra a empresa engarrafadora de água mineral por publicidade enganosa.

O aspecto mais intensamente relacionado com ambas as esferas é o da publicidade comparativa, ou seja, a veiculação de mensagem publicitária em que o patrocinador aduz a qualidades de seu produto ou serviço que seriam superiores aos dos concorrentes.

Trata-se de modalidade extremamente comum nos Estados Unidos, inclusive apoiada pelo órgão federal de defesa do consumidor. Com efeito, a *Federal Trade Commission*, em 13 de agosto de 1979, publicou documento no qual deixa claro que "tem apoiado o uso de comparações de marcas quando os critérios de comparação são claramente identificados". Conclui, ainda, que "a publicidade comparativa, quando veraz e não enganadora, fornece informações importantes aos consumidores, auxiliando-os na tomada de decisões racionais de compra" e "encoraja o desenvolvimento e inovação de produtos, e pode levar à queda de preços no mercado"[158].

A matéria foi, por seu turno, regrada com sistematicidade no âmbito da União Européia, sendo, inclusive, interessante destacar que há ênfase na importância do controle de publicidade tanto para a proteção do consumidor como para a defesa da concorrência. Assim, a Diretiva 2006/114, de 12 de Dezembro, já em seus considerandos, deixa claro que a repressão à publicidade enganosa e à publicidade comparativa ilícita gera danos aos consumidores e aos concorrentes[159], o que é reforçado na própria definição de publicidade enganosa, que é tida como a que "induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento econômico pode afetar, em virtude do seu caráter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente" (art. 2º, b).

---

[157] STJ - REsp 447303 – Rel. Min. Luiz Fux - 1ª T - DJ 28/10/2003 p. 194; RJADCOAS v. 52 p. 44. Transcrevo o seguinte trecho da ementa do acórdão: *In casu, o aumento das vendas do produto noticiado pelo recorrido caracteriza a possibilidade de o slogan publicitário encerrar publicidade enganosa capaz de induzir o consumidor a erro.*

[158] *FEDERAL TRADE COMMISSION. Statement of Policy regarding comparative advertising.* Disponível em: http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-compare.htm. Acesso em 29.12.2009.

[159] Com efeito, o item 3 da Diretiva estabelece que: "*A publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita podem levar a distorções de concorrência no mercado interno*".

A Diretiva disciplina a publicidade comparativa, definida como a “que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente” (art. 2º, c).

O art. 4º da Diretiva 2006/114 estabelece que a publicidade comparativa é permitida caso estejam reunidas as seguintes condições: a)não ser enganosa; b) comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos fins; c) comparar objectivamente características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço; d) não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente; e) não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais ou outros sinais distintivos de um concorrente; f) referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação; g) não tirar partido indevido do renome de uma marca ou de outro sinal distintivo de um oncorrente; h) não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

No Brasil a publicidade comparativa não é expressamente mencionada no Código de Defesa do Consumidor, não sendo por ele proibida, o que reforça a conclusão quanto à licitude da modalidade.

No entanto, a publicidade comparativa submete-se aos mesmos requisitos exigidos pelo CDC em relação às demais modalidades, especialmente a sua identificação como publicidade e a veracidade das informações. Assim, é absolutamente vedada a divulgação de informações que possam levar o consumidor a erro, como, por exemplo, dados inverídicos sobre a qualidade dos seus produtos ou do próprio concorrente. Ao patrocinador do anúncio publicitário caberá, ademais, o ônus de comprovar a correção da mensagem veiculada, devendo guardar consigo todos os dados que comprovem a veracidade do que foi veiculado.

A doutrina aduz, ainda, a aspectos específicos da licitude da publicidade comparativa: a necessidade do conteúdo ser objetivo, não podendo ser excessivamente genérico, devendo a comparação ser passível de verificação e ser efetivada entre elementos essenciais dos produtos

(que, assim, digam respeito aos seus itens mais importantes, tais como preço e desempenho)[160].

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há um interessante caso de empresa de software que divulgou na imprensa, por meio de *press release*, que um programa por ela desenvolvido fora premiado nos Estados Unidos como o melhor do mundo em termos de segurança em microinformática. Nesta hipótese, inclusive, foi determinada a responsabilidade da empresa que patrocinou a publicidade enganosa em efetivar o ressarcimento dos danos morais ocasionados ao seu concorrente. Reproduzo, a propósito, a ementa do acórdão:

> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICIDADE INVERÍDICA.
> A notícia, mesmo que divulgada pelo interessado, de que produto seu foi contemplado com a melhor avaliação em testes comparativos realizados por empresa especializada, não constitui dano moral ao concorrente, se a informação é verdadeira; mal contados os fatos, o dano moral que daí resulta é evidente, máxime se o produto desqualificado é um software, resultado de um trabalho intelectual, protegido como propriedade imaterial, em que a excelência é sempre perseguida, sendo desarrazoado pensar que, nessas circunstâncias, uma avaliação negativa em face do concorrente não tenha atingido a reputação da autora. Recurso especial conhecido e provido [161].

No Brasil o controle sobre a publicidade é misto, ou seja, há tanto a atuação de órgãos estatais, em especial os pertencentes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e do Poder Judiciário, como a auto-regulamentação, que no Brasil é executada pelo CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária) [162]. Nesse contexto, há um controle privado que é exercido pelo CONAR, de acordo com regras às quais os anunciantes e os profissionais de mercado submetem-se voluntariamente. No entanto, sem prejuízo de tal auto-regulamentação, incide a atuação estatal, de maneira independente e incondicionada. Com efeito, os órgãos administrativos de defesa do consumidor têm competência para impor sanções para a publicidade enganosa, que incluem a determinação de sua cessação e a imposição de contrapropaganda. Tais provimentos podem igualmente ser pleiteados junto ao

---

[160] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais, *op. cit.*, p. 232.
[161] STJ - Resp 60.809 - Rel. Min. Ari Pargendler – 3ª T. - DJ 01/08/2000, p. 255 - RJADCOAS v. 16 p. 88.
[162] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *O Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, op. cit.*, p. 190-192.

Poder Judiciário pelo Ministério Público ou qualquer dos demais legitimados a propor ação civil pública (art. 82 do CDC).

Aliás, a incidência em enganosidade, gera a possibilidade de medidas de suspensão da veiculação da publicidade (aplicadas tanto pelos órgãos do Sistema Nacional de defesa do consumidor como pela entidade de auto-regulação do setor – CONAR), além de sanções pecuniárias e até mesmo a imposição de contrapropaganda (art. 56, I e XII do CDC). Do ponto de vista da responsabilidade civil, incide a obrigação da empresa reparar os danos morais e materiais que tenham sido gerados aos consumidores[163], os quais podem ser pleiteados de forma individual ou coletiva. Ademais, obviamente, os próprios concorrentes da empresa que veiculou a publicidade enganosa podem propor em nome próprio ações cabíveis caso tenham experimentado danos.

3.1.1.3 Portabilidade e direito de escolha

A liberdade conferida ao consumidor de mudar de fornecedor possui um significativo impacto na concorrência, já que induz ao aumento da competição entre as empresas, seja para manter a sua base atual de clientes, seja para expandi-la atraindo clientes das demais empresas.

Há, no entanto, situações em que falhas de mercado limitam a possibilidade de troca de fornecedor. Afora a concentração econômica (por exemplo, nos monopólios não existe tal opção) há situações que demandam regulação estatal para viabilizar a mudança de fornecedor. Um importante exemplo são as hipóteses em que estão presentes altos custos de troca (*switching costs*), que constituem obstáculos praticamente intransponíveis para o consumidor efetivar modificação de fornecedor e somente são passíveis de remoção via regulação estatal.

Um bom exemplo de norma endereçada a viabilizar a portabilidade é a Resolução nº 460, de 19 de março de 2007, da ANATEL, que introduziu a portabilidade numérica que é a possibilidade do usuário mudar de operadora de telefonia sem precisar trocar seu número telefônico. Com ela, o número deixa de pertencer a uma operadora ou de ficar vinculado a um endereço, passando a ser de plena titularidade do consumidor. É possível a portabilidade,

[163] STJ - AgRg no Ag 1045667 – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - 4ª T.- DJe 06/04/2009.

mudando de operadora de serviço de telefonia fixa comutada para outra operadora de telefonia fixa, assim como de operadora de telefonia móvel para de telefonia móvel, dentro da mesma área de registro.

Foi estabelecido um procedimento engenhoso para viabilizar a portabilidade: o consumidor deve contatar a operadora para qual deseja migrar e a tal operadora caberá tomar as medidas necessárias. Basta ao consumidor declinar o desejo de manutenção do número e passar seus dados pessoais para cadastro. A transferência ocorre entre as prestadoras, sem a necessidade de o usuário procurar a operadora de origem. Obviamente, se fosse o contrário, ou seja, houvesse a necessidade de contatar a operadora de origem, ela certamente imporia obstáculos para que se concretizasse a transferência.

Foi autorizada a cobrança de uma taxa de até R$ 4,00 para a nova operadora cobrar do usuário que deseja migrar e manter o número anterior. No entanto, como quem pode exigir a taxa é a empresa para a qual o consumidor deseja migrar, todas as operadoras brasileiras optaram por não cobrar valor algum, justamente para incentivar a troca. Também não se impôs limite ao número de vezes que o consumidor pode trocar de operadora e manter o número.

Desse modo, eliminou-se o principal fator de desestímulo para a troca de operadora no campo dos serviços de telecomunicações. Com efeito, o número de telefone é de extrema importância para o consumidor, principalmente caso já o possua há muito tempo, pois ele estabeleceu uma rede de relações familiares, de amizade e profissionais cujo contato é vinculado ao número. Assim, os consumidores evitavam trocar de operadora para poder manter o número original, mesmo muitas vezes estando insatisfeitos com os serviços prestados.

Consequentemente foram de grande importância para o consumidor as medidas tomadas no sentido de viabilizar tecnicamente a portabilidade e estabelecer em regulamento o expresso direito do consumidor à troca de operadora com a manutenção do número. O direito reconhecido ao consumidor teve grande repercussão, tanto que desde 1º de setembro de 2008 (data a partir da qual a portabilidade numérica começou a ser implementada no Brasil) até o

dia 30 de novembro de 2009 foram feitas 3,95 milhões de solicitações de migração com manutenção do número de telefones fixos e móveis, tendo sido concluídas 3,01 milhões[164].

A efetiva mobilidade do consumidor dinamiza a concorrência, uma vez que as operadoras disputam não apenas os novos consumidores (ou seja, os que não possuíam linha telefônica) como os atuais. Desse modo, há uma saudável disputa, que inclui tanto esforços para manter como para atrair consumidores.

O segundo exemplo diz respeito à portabilidade de crédito no âmbito financeiro, estabelecida pela Resolução nº 3.401, de 06 de Setembro de 2006, do Conselho Monetário Nacional. A norma permite a transferência do saldo devedor de um banco para outro que ofereça melhores condições contratuais que o original. Determina, ainda, que a instituição financeira para o qual o crédito está migrando, por ordem do mutuário, quite-o diretamente junto à instituição financeira de origem do crédito, sem a necessidade de participação do consumidor.

A norma objetiva estimular maior concorrência em um setor marcado por oligopolização e com diversas falhas de mercado que propiciam altos preços cobrados dos consumidores pelos serviços bancários, em especial a concessão de crédito, caracterizada pela imposição de elevados juros[165].

A viabilização da portabilidade de crédito depende, no entanto, da efetiva possibilidade de quitação antecipada do débito pelo consumidor, com redução proporcional dos juros cobrados. Tal direito é estabelecido pelo art. 52, § 2º do CDC[166]. Sem tal prerrogativa não haveria racionalidade na portabilidade do crédito, pois de nada adiantaria o consumidor procurar por um crédito mais barato se não pudesse quitar a dívida anterior com a redução proporcional dos juros.

No entanto, havia um expediente que as instituições financeiras lançavam mão para neutralizar os possíveis efeitos positivos da norma do CDC: cobravam do consumidor uma tarifa caso o consumidor viesse a quitar antecipadamente o valor da dívida, a título de suposto

---

[164] Fonte: ABR Telecom. Disponível em: http://www.abrtelecom.com.br. Acesso em 3.12.2009.
[165] PINTO, Gustavo Mathias Alves. Concorrência no Setor Bancário: Contribuição ao Estudo do Caso Brasileiro. *Revista do Ibrac*, n. 13, v. 1, 2006.
[166] A norma em questão possui a seguinte redação: "*É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos*".

serviço. O montante cobrado normalmente correspondia ao valor de desconto que o consumidor teria a título de redução proporcional dos juros, o que, na prática, neutralizava os benefícios que o consumidor poderia auferir com a liquidação antecipada. A imposição de tarifa era abusiva por dois motivos. Em primeiro lugar pela inexistência de serviço prestado pela instituição de crédito (ou seja, ela não prestava qualquer serviço que justificasse a cobrança de uma tarifa) o que trazia exagerada desvantagem para o consumidor, infringindo o art. 51, IV, do CDC. Ademais, ao neutralizar os benefícios econômicos da liquidação antecipada, havia frontal violação à norma do art. 52, § 2º do CDC.

A conduta dos bancos era reforçada pela existência da Resolução nº 3.401, de 2006, do Conselho Monetário Nacional, que permitia expressamente a cobrança de tarifa de liquidação antecipada de débito. Tal norma, manifestamente ilegal, refletia a recusa tanto das instituições financeiras quanto das autoridades monetárias (o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil) em cumprir os ditames do Código de Defesa do Consumidor, por entenderem que ele não se aplicaria aos serviços prestados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, editando uma série de Resoluções que contrariavam preceitos legais[167]. No entanto, o Poder Judiciário sempre interpretou que as instituições financeiras eram sujeitas à observância das normas de proteção do consumidor, tendo a questão sido encerrada definitivamente com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591 em que o Supremo Tribunal Federal assentou a plena aplicação do CDC aos serviços financeiros[168].

Dentre os diversos efeitos reflexos da decisão do STF cumpre destacar o aprimoramento das resoluções do Conselho Monetário Nacional, que passou a ter maior cuidado em não afrontar o Código de Defesa do Consumidor na elaboração de suas Resoluções, ao contrário do que antes ocorria, em que o CDC era absolutamente ignorado. Merece especial destaque a Resolução nº 3.516, de 2007 que veda a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada de contratos de concessão de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, finalmente cumprindo a determinação do art. 52, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

---

[167] Ver, ainda: MOURA, Valter Faiad de. O Código de Defesa do Consumidor e as Resoluções 2.878 e 2892/2001 do BACEN – Manual do cliente e usuário de serviços financeiros. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do CDC aos bancos: ADIN 2591*. São Paulo: RT, 2006.

[168] Tratei do tema no item 1.3.2.1. do Capítulo 1.

Outra interessante norma é a Resolução nº 3.402, de 2006 do Conselho Monetário Nacional que trata da "conta salário", ou seja, a prestação de serviços de pagamentos de salários, aposentadorias e similares sem cobrança de tarifas[169]. Assim, o consumidor ao abrir uma conta corrente no banco em que o seu empregador deposita os salários pode optar para que ela tenha a característica da "conta salário", podendo transferir os valores depositados para a instituição financeira de sua escolha sem pagar tarifas ou impostos. O consumidor deve informar ao banco no qual possui a conta salário e especificar a conta para a qual o valor deve ser transferido, operando-se a transferência sem a cobrança de taxas adicionais. Porém a isenção de taxas não alcança outras operações que ele porventura fizer.

A Resolução traz assim um importante benefício: permitir ao consumidor a escolha da instituição bancária com que deseja manter o vínculo contratual. Com efeito, caso não tivesse a opção da "conta salário", o consumidor necessariamente teria que manter uma conta corrente comum junto à instituição financeira escolhida pelo seu empregador para o depósito de seu salário e pagar as respectivas tarifas bancárias. Dificilmente ele teria incentivos por manter uma conta corrente em outra instituição financeira, uma vez que arcaria com tarifas bancárias junto aos dois prestadores de serviços financeiros. E, ainda que optasse por manter-se vinculado a ambas, tratar-se-ia de decisão que lhe imporia custos financeiros, diminuindo o seu bem-estar econômico. Portanto, trata-se de norma que ao ampliar o direito de escolha do consumidor também fomenta a concorrência no setor, já que estimula as instituições financeiras a atraírem correntistas novos, além de manterem os já existentes.

Os exemplos tratados demonstram que a proteção da escolha dos consumidores beneficia a concorrência. Neste contexto, a portabilidade ao possibilitar o efetivo direito de escolha dos consumidores, contribui para a dinamização da concorrência.

Portanto, a legislação de defesa do consumidor trata a tutela do direito de escolha sob o prisma comportamental, impondo regras que disciplinam a conduta dos fornecedores, principalmente no que tange ao dever de informação, à vedação da publicidade enganosa e à livre escolha do fornecedor.

---

[169] Por força do art. 6º, inc. II, da Resolução nº 3.424, o disposto na Resolução nº 3.402 não se aplica, até 31 de dezembro de 2011, à prestação de serviços de pagamento a servidores e empregados públicos, caso o Poder Público tenha firmado contrato com a instituição financeira receptora dos pagamentos com observância dos termos da Lei 8.666, 1993.

Por seu turno, a política de defesa da concorrência trata o direito de escolha sob a perspectiva estrutural, em que a diversidade de opções é alcançada por intermédio da existência de uma estrutura concorrencial adequada. O próximo item é dedicado justamente a elucidar se a proteção do consumidor pode ser inserida como um dos objetivos da política de defesa da concorrência e quais os instrumentos utilizados para tal desiderato.

3.2 Objetivos da política de defesa da concorrência

Há consenso na afirmação de que os consumidores são beneficiados pela concorrência, pois ela acarreta menores preços[170], maior qualidade e diversidade de produtos e serviços colocados à disposição da sociedade[171]. O direito de acesso ao consumo depende de um ambiente em que o consumidor possa exercer o seu direito de escolha, o que também depende da efetiva concorrência[172].

Nesse contexto a concorrência desempenha um papel primordial em dois aspectos de suma importância para o bem-estar do consumidor: preço[173] e liberdade de escolha[174]. As indevidas restrições à concorrência trazem nítidos prejuízos aos consumidores, seja através da elevação do preço acima do equilíbrio competitivo, seja pela restrição na abrangência de escolha[175].

---

[170] MAGALHÃES, Carlos Francisco. Leis que preservam a concorrência protegem o consumidor. *Revista de Direito Econômico*. Brasília, CADE, ano II, n. 5, p. 3-5, dez. 1976. Afirma o autor: "(...) 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 final por livre escolha e a um preço justo". No mesmo sentido, CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência - Mercosul e União Européia*. Barueri: Manole, 2003. p. 24-26.

[171] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 78.

[172] A respeito dos benefícios experimentados pelos consumidores em um ambiente concorrencial ver MALARD, Neide Terezinha. *Concentração de Empresas: livre concorrência e livre iniciativa.* Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 1997, p.174. A autora ressalta que "aos consumidores, a concorrência propicia as necessárias condições para exercer de forma livre e racional o poder de decidir sobre as suas reais necessidades, escolhendo o que adquirir e a que preço".

[173] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos, *op. cit.*, p. 23 acentua que "o preço, como se sabe é um dos aspectos mais importantes da proteção do consumidor. Na medida em que significa a contraprestação do consumidor, tem ele um enorme impacto na implementação do direito de acesso ao consumo. Não só é ele medida de troca, como também se configura como indicador excelente da transparência, eficiência e justiça no mercado. Nenhum programa de proteção do consumidor, jurídico ou não, pode deixar de levar em conta o fator preço".

[174] O art. 6º, II, do CDC estabelece que a liberdade de escolha é um dos direitos básicos do consumidor.

[175] BOURGOGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consummation*, *op. cit.*, p. 65.

A concorrência também amplia o fluxo de informações sobre as características dos produtos ou serviços, na medida em que as empresas necessitam disponibilizá-las aos consumidores para atraírem a sua atenção, principalmente através da publicidade.

Portanto, parece clara a existência de um efeito reflexo para os consumidores com a aplicação da lei de defesa da concorrência[176]. No entanto, a questão não é apenas se há benefícios reflexos, mas se o bem-estar do consumidor deve efetivamente constituir um dos objetivos da lei de proteção da concorrência e, em caso positivo, que instrumentos podem ser utilizados para o seu alcance.

Irei explorar duas ordens de indagação. A primeira é se há substrato teórico para incluir dentre os objetivos da defesa da concorrência a tutela do bem-estar do consumidor. A resposta demanda a análise das várias correntes que debatem quais devem ser os objetivos centrais da execução da política de defesa da concorrência.

A segunda indagação refere-se à maneira através da qual é possível tutelar o bem-estar do consumidor por meio da política de defesa da concorrência. Nesse particular, haverá a preocupação de demonstrar que os instrumentos para a tutela do aludido bem-estar são distintos dos utilizados pela legislação específica de defesa do consumidor.

No desenvolvimento das duas ordens de indagações será investigado em que medida o ordenamento jurídico brasileiro possibilita que a política de defesa da concorrência inclua dentre os seus objetivos a tutela do bem-estar do consumidor.

3.2.1 Concepções sobre os objetivos da política de defesa da concorrência

Há intensa discussão sobre quais são os objetivos centrais da política de defesa da concorrência e se o bem-estar do consumidor deve integrá-los. Tal circunstância dá-se justamente pelo fato de que não há objetivos apriorísticos para a defesa da concorrência. Serão, então, apresentadas as diversas correntes sobre o tema a fim de demonstrar que há

---

[176] O então Comissário Europeu de Política da Concorrência em discurso no dia europeu da concorrência acentuou que: "*In times of change there can be only one answer to the question how best to protect the consumer:* ***protect competition****!*" (MONTI, Mario. *Competition enforcement and the interests of consumers a stable link in times of change*. Disponível em: http://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&rlz=1W1SKPB_pt-BR&q=Competition+Enforcement+and+Consumers&meta=. Acesso em 10.10.2009.

substrato teórico para a inclusão da tutela do bem-estar como um dos objetivos da defesa da concorrência.

É importante salientar que principalmente a partir do final do século XIX a ciência econômica trabalha predominantemente em dois níveis: a economia positiva, que busca apreender a realidade como ela é; e a economia normativa, que prescreve o que a economia deveria ser, e, assim, discute a forma de atingir os resultados desejados. Nesse contexto, a controvérsia entre as escolas abrange as duas áreas, sendo que a segunda é mais intensamente influenciada pelas concepções ideológicas diferenciadas[177].

3.2.1.1 Escola de Harvard

A Escola de Harvard, também denominada de estruturalista, possui, como o próprio nome diz, uma preocupação acentuada com a estrutura do mercado, entendendo que ela não pode ser excessivamente concentrada. A corrente caracteriza-se por uma análise do funcionamento dos mercados, baseada na relação de causalidade que veio a ser denominada de paradigma estrutura-conduta-desempenho[178].

Segundo tal concepção, há relação de causa e efeito entre os seguintes fatores: as condições de base, a estrutura, a conduta e o desempenho do mercado. Dentre as condições de base incluem-se variáveis como tecnologia, curva de custos e preferências dos consumidores. Já a estrutura de mercado possui como principais variáveis as barreiras à entrada, grau de concentração da oferta e da demanda e diferenciação de produto. Por conduta, entende-se o comportamento desenvolvido pelas empresas, tais como as estratégias de competição e de cooperação, regras de precificação e gastos em publicidade. Por fim, o desempenho (ou performance) diz respeito aos resultados gerados no mercado analisado, como, por exemplo, preço, qualidade e quantidade de produto[179]. A corrente defende a perspectiva de que cada etapa possui uma relação de causalidade imediata com a posterior, admitindo a

---

[177] WONG, Stanley**.** Positive Economics. In: Eatwell,John et al. (Ed). *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, v**.** 3. Londres e Nova York: Macmillan and Stockton, 1987**,** p**.** 920.

[178] Sobre o paradigma estrutura-conduta-desempenho ver os comentários de HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice, op. cit.* St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 42-47.

[179] VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust, op. cit*., p. 62.

retroalimentação, mas com menor influência. Neste contexto, os fatores estruturais são essenciais para definir o desempenho do mercado e, consequentemente, os impactos sobre os consumidores[180].

A Escola de Harvard defende a perspectiva de que estruturas muito concentradas proporcionam forte incentivo para o exercício de poder de mercado, tal como a imposição de preços de monopólio, além de facilitarem as ações concertadas (explícitas e tácitas), o que traz prejuízos ao bem-estar econômico. Tal circunstância restaria extremamente agravada na presença de barreiras à entrada, pois afastaria as empresas até mesmo da concorrência potencial[181]. Neste contexto, entende que a melhor forma de preservar a concorrência dá-se com a regulação da estrutura.

Desse modo, a Escola de Harvard possui uma preocupação direta com a estrutura do mercado, preconizando a efetiva concorrência, o que, inclusive, traria a garantia da possibilidade de escolha dos consumidores[182].

Para a Escola de Harvard, como já pontuado, nos mercados concentrados, em que normalmente remédios comportamentais não geram efeitos significativos, as autoridades de defesa da concorrência devem estabelecer remédios estruturais que possam desconcentrá-los[183]. A proteção do consumidor, nesse perspectiva, seria um efeito reflexo da defesa da concorrência: na medida em que se preservasse uma estrutura com diversos concorrentes haveria a garantia de maiores opções aos consumidores.

A Escola estruturalista de Harvard teve grande influência sobre a política de defesa da concorrência nos Estados Unidos principalmente até a década de setenta do século passado. Assim, normalmente operações que levassem a um aumento significativo do poder econômico de empresas inseridas em mercados com significativas barreiras à entrada não eram permitidas, por conduzirem a uma estrutura de mercado concentrada.

---

[180] SCHERER, F. M. & ROSS, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990.

[181] BAIN, J. S. *Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1956.

[182] Sobre os postulados da Escola de Harvard ver AREEDA, Phillip e KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis; problems, text, cases. Boston: Little, Brown and Company*, 1988. Ver, ainda, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

[183] TURNER, Donald F. The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusal to deal, *Harvard Law* Review v. 75, 1962, p. 655.

Portanto, na perspectiva dessa escola, a concentração de mercado seria condição suficiente para a desconstituição da fusão, sem que houvesse a necessidade de demonstrar que após a concentração houve um incremento de condições propícias para a prática de condutas anticoncorrenciais (como colusão e preços predatórios). Nesta hipótese, tanto as autoridades de defesa da concorrência como a jurisprudência dominante entendiam que as fusões que concentrassem significativamente a estrutura do respectivo mercado relevante não poderiam ser admitidas, independentemente da eficiência econômica que pudessem trazer[184].

Assim, a maior preocupação da Escola é com a estrutura do mercado, presumindo que concentrações econômicas elevadas prejudicariam a concorrência.

3.2.1.1.1 Interpretação jurisprudencial sobre a proteção dos pequenos concorrentes

Na jurisprudência norte-americana prevaleceu durante significativo período o entendimento de que a preservação do interesse dos concorrentes, em especial das pequenas empresas, deveria ser um dos objetivos do controle de fusões empresariais, pois teria sido um dos fundamentos que motivaram a edição da legislação de defesa da concorrência nos Estados Unidos. Tal entendimento foi influenciado pela visão estruturalista de funcionamento dos mercados, que favorecia a implementação de políticas que dificultassem a concentração de oferta, o que se dava, por exemplo, através da proteção das pequenas empresas.

O exemplo paradigmático de tal interpretação foi o célebre julgamento do caso *Brown Shoe*[185], empresa com participação de 4% no mercado nacional de fabricação de calçados e de 2,1% no mercado nacional de distribuição de sapatos. Ela adquiriu a empresa *G. R. Kiney Inc.*, com participação de 0,5% no mercado nacional de fabricação de calçados e de 1,6 % no mercado nacional de distribuição de sapatos. Houve, no caso concreto, tanto uma concentração horizontal (caso tomada a perspectiva do mercado de distribuição de calçados) como uma concentração vertical (se tomada a perspectiva da integração entre o mercado de fabricação de calçados e o mercado de distribuição de calçados). A Suprema Corte analisou o

[184] Sobre os contornos da Escola ver os comentários HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy, op. cit.*, p. 44.
[185] *Brown Shoe Company v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962).

caso fixando um mercado relevante geográfico estreito (ele seria formado por cada cidade cuja população excedesse a 10.000 pessoas). Nesta perspectiva salientou que em algumas cidades a concentração chegava a 57% (como em Dodge City, no Kansas). No entanto, para o Tribunal o dado mais relevante foi que em mais de 118 cidades a concentração excedia o patamar de 5%. Em razão de tais circunstâncias, proibiu a operação como um todo[186].

Na decisão da Suprema Corte foi salientado que mais significativo do que o valor da participação de mercado (que não era tão elevado), seria a existência de uma tendência à concentração vertical entre empresas fabricantes de calçados e aquelas que os comercializam. Assim, haveria o risco de aprovar a operação e, tacitamente, permitir que concorrentes também fizessem fusões semelhantes e levassem a uma concentração de todo o mercado em detrimento das pequenas empresas do ramo. A Suprema Corte levou em consideração observação da *Federal Trade Commission* (que se opôs à fusão) de que haveria no país uma forte tendência à formação de conglomerados, devendo haver extremo rigor na análise das concentrações econômicas. O voto do *Chief of Justice* Warren destaca que embora a integração vertical em tela pudesse até mesmo trazer como resultado final a diminuição dos preços praticados – o que redundaria em benefício aos consumidores finais – tal eficiência não poderia ser alcançada com o sacrifício dos concorrentes de menor dimensão e que atuavam em pequenas localidades[187].

A Suprema Corte também salientou que as normas de defesa da concorrência incluíam entre os seus objetivos a preservação dos interesses das pequenas empresas. Tal afirmação foi repetida em outros casos, como na proibição de fusão envolvendo a *Von´s Grocery Company*[188]. Em tal caso, a *Von´s* era a terceira maior loja de venda de doces de Los Angeles e adquiriu a sexta maior loja, denominada *Shopping Bag Food Stores*, atingindo o patamar de 7,5% de participação de mercado. Neste caso, o argumento principal foi o declínio das pequenas empresas do setor (haveria 5.365 pequenas empresas em 1950 e 3.818 em 1961) e o aumento das cadeias de lojas (haveria 96 empresas com mais de uma loja em 1953 e 150 em

---

[186] VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. & HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust, op. cit.*, p. 205.

[187] Transcrevo o seguinte trecho do voto do *Chief of Justice Warren*, ao comentar os motivos que levaram o Congresso Norte-Americano a emendar a Seção 7 do Clayton Act através do *Cellar-Kefauver Act* e, assim, trazer maior rigor à análise de atos de concentração: "*Através dos registros das discussões, podem ser encontrados exemplos do temor do Congresso não apenas da concentração do Poder Econômico, mas da ameaça a outros valores que a tendência à concentração coloca*".

[188] *Federal Trade Commission vs. Von´s Grocery Company et. al.*, 386 U.S., 368, 580 (1967).

1963). O *Justice* Black, que redigiu a decisão da Suprema Corte, afirmou expressamente que o propósito básico do *Cellar-Kefauver Act* (que introduziu modificações no *Clayton Act*) foi o de evitar concentração na economia dos Estados Unidos mantendo um amplo número de pequenos competidores no mercado[189].

Em outro caso, a Suprema Corte, ao confirmar decisão da *Federal Trade Commission* de se opor a fusão envolvendo a *Procter & Gamble*, afirmou que economias de custo não poderiam ser utilizadas para justificar uma ilegalidade[190].

Assim, a preocupação com a estrutura do mercado e o interesse das pequenas empresas eram os principais vetores na interpretação jurisprudencial das normas de defesa da concorrência, prevalecendo inclusive em relação a eficiências que comprovadamente reduzissem custos e o preço final dos produtos e serviços. No entanto, tal posicionamento sofreu severas críticas por parte da doutrina norte-americana, em especial de professores ligados à Escola de Chicago[191].

3.2.1.2 A Escola de Chicago

A Escola de Chicago é intimamente relacionada com a análise econômica do direito, que tem como pressuposto básico a busca de eficiência, de acordo com os parâmetros neoclássicos, defendendo que a melhor maneira de distribuir riquezas dá-se através dos mecanismos de mercado[192]. A Escola é influenciada pela perspectiva neoclássica, que apreende a realidade econômica a partir do comportamento de indivíduos perfeitamente racionais, que buscam atingir seus objetivos de forma ótima e visando sempre os seus próprios interesses.

---

[189] VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. & HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust, op. cit.*, p. 208.
[190] *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co. et. al.*, 384 *U.S.*, 270 (1966).
[191] Ver, por exemplo, BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 12. O autor afirma: *"The career of Section 7 of the Clayton Act, subsequent to its amendment in 1950, provides a fascinating example of the trends that have made large areas of modern antitrust a harmful policy. Clayton Act 7 deals with corporate mergers, condemning only those whose effect "may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly". Yet a majority of the Warren Court, ignoring these criteria, took the first occasion that presented itself, the Brown Shoe case of 1962, to convert the statute to a virulently anticompetitive regulation"*.
[192] POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy.* Harvard: Harvard University Press, 2003.

Os acadêmicos de Chicago, durante muito tempo, trabalharam com os modelos microeconômicos de concorrência perfeita e monopólio (que seriam casos excepcionais no longo prazo) para entender o funcionamento dos mercados. A crítica feita por economistas heterodoxos de que não existem na vida real mercados com a característica de concorrência perfeita[193] não sensibilizou os partidários da Escola de Chicago, em virtude da metodologia empregada, influenciada por artigo de Milton Friedman no qual afirma que o caráter científico de uma teoria econômica é dado pela sua capacidade de prever a realidade e não pelo realismo de suas hipóteses[194]. Assim, a Escola pontua que apesar de ser rara a existência de mercados com as características de concorrência perfeita, o modelo consegue prever o que ocorre em uma economia de mercado, pois no longo prazo a existência de lucros extraordinários em uma indústria provoca a entrada de novos agentes, aumentando a oferta e reduzindo preços e lucros para seu nível normal. Portanto, barreiras a entrada e lucros acima da média seriam ocorrências temporárias que normalmente o próprio mercado corrigiria[195].

Do ponto de vista da economia normativa, os acadêmicos de Chicago utilizam o ótimo de Pareto, que descreve a hipótese em que não é possível melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem. Pareto identificou três condições necessárias e suficientes que levariam uma economia ao seu grau máximo de bem estar: 1) eficiência das trocas, 2) eficiência produtiva e 3) eficiência do *mix* de produtos.

A eficiência das trocas significa que um agente econômico pode trocar bens ou fatores de produção com outro agente, se isso for reciprocamente vantajoso. Assim, após um processo de trocas, cada bem ou fator de produção deverá estar nas mãos daquele agente que lhe confere o maior valor.

A eficiência produtiva refere-se ao melhor emprego possível dos meios mais eficientes na produção de bens, aptos a reduzir custos e promover o incremento de qualidade, aumentando a produtividade das empresas. A eficiência produtiva é alcançada quando os recursos empregados na produção de determinado bem ou serviço estão operando no limite máximo de seus potenciais e ao menor custo possível nos termos da tecnologia vigente

---

[193] As principais características do modelo de concorrência perfeita foram identificadas no capítulo 1.

[194] FRIEDMAN, Milton, The Methodology of Positive Economics. *Essays in Positive Economics*, Chicago: University of Chicago Press, pp. 3-43, 1953.

[195] DEMSETZ, H. Industry structure, market rivalry and public policy. *Journal of Law and Economics*, v. 16, p. 351-364, 1971.

(eficiência produtiva estática) ou através do uso de uma nova tecnologia mediante processo de inovação (eficiência produtiva dinâmica) [196].

Finalmente, a eficiência de mix de produtos (ou eficiência alocativa) significa que cada produtor ou consumidor escolheu um conjunto de produtos para consumir ou fabricar, que lhe dá, respectivamente, a maior satisfação ou o maior lucro. Para tanto, busca-se o melhor emprego dos diversos recursos ou insumos existentes, de maneira a maximizar a sua utilização na economia como um todo e evitar desperdícios, endereçando os recursos às pessoas que lhes dêem maior valor[197]. Obviamente, trata-se de decisão sujeita à distorção por eventual existência de preços de monopólio.

Como o modelo de concorrência perfeita garante a existência das três condições de Pareto, é comum que haja a identificação do ótimo de Pareto com o equilíbrio de concorrência perfeita de longo prazo. Nessa situação, a economia está produzindo o máximo que é capaz e como os consumidores estão consumindo o *mix* de produtos que lhes dá o máximo de satisfação. Em consequência, se alguém melhorar sua posição algum outro terá que piorar. Normalmente na economia os equilíbrios não são Pareto superior, utilizando-se Pareto ótimo, segundo o qual um equilíbrio é superior ao outro caso possibilite a melhoria de uma pessoa ou grupo, sem deixar nenhuma outra pessoa ou grupo em situação pior.

Ademais, os economistas desenvolveram instrumentos de equilíbrio parcial, utilizados a partir da constatação de que a maioria dos mercados não é caracterizada pela concorrência perfeita. Destaca-se, por exemplo, o princípio da compensação, segundo o qual a soma dos benefícios daqueles que ganham deve ser superior à soma dos prejuízos daqueles que perdem, havendo, portanto, um ganho de bem-estar agregado[198].

Assim, o princípio da compensação (também chamado de eficiência de Kaldor-Hicks) avalia uma situação verificando se há outras que geram benefícios líquidos mais elevados,

---

[196] Ver: FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003, p. 36.
[197] FONSECA, João Bosco Leopoldino da., *op. cit.*, p. 79.
[198] VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. & HARRINGTON JR., Joseph E., *op. cit.*, p. 76. Em ambos os equilíbrios não há preocupações de ordem distributiva. No ótimo de Pareto não há perdas, mas tampouco preocupações com a equidade da situação. No equilíbrio compensatório, não há preocupação em saber quem ganha e quem perde.

levando em conta a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes, e não em cada um deles individualmente[199].

A noção de eficiência possui um papel central para a Escola de Chicago, que tem suas origens em estudos de Aaron Director que questionavam algumas interpretações judiciais sobre determinadas condutas dos agentes econômicos. Através da aplicação da teoria do preço ele concluiu que algumas condutas assumidas como anticoncorrenciais não deveriam ter este tratamento, tais como a venda casada, a fixação de preço de revenda ou as concentrações verticais[200].

Essa corrente defende que o valor essencial protegido pela legislação de defesa da concorrência é o bem-estar do consumidor e que normalmente as concentrações econômicas beneficiam-no ao gerarem eficiências, especialmente reduções de custos ocasionadas por economias de escala[201].

A Escola de Chicago defende um controle mínimo sobre as concentrações econômicas[202], já que elas em regra tenderiam a proporcionar maior eficiência econômica na fabricação de produtos, em razão das economias de escala e de escopo alcançadas[203]. Ela também contesta alguns dos principais postulados da Escola de Harvard.

Há também críticas à importância dada pela Escola de Harvard às barreiras à entrada de novos concorrentes. Os partidários da Escola de Chicago entendem, por exemplo, que o investimento para a construção de planta com escala mínima viável não deve ser considerada uma barreira à entrada, pois todos incorrem em tais custos (tanto os entrantes como as empresas já posicionadas no mercado, que arcaram com tal investimento no passado).

---

[199] Ver, a respeito: KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *Economic Journal*, v. 49, n. 195, pp. 549–552, 1939 e HICKS. John R. The Foundations of Welfare Economics**.** *The Economic Journal*, v. 49, n. 196, pp. 696-712, 1939.

[200] POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, Apr., 1979, p. 928. Transcrevo os seguintes comentários: *"I believe Director's conclusions resulted simply from viewing antitrust policy through the lens of price theory. Each of his ideas was deducible from the assumption that businessmen are rational profit-maximizers, the deduction proceeding in accordance with the tenets of simple price theory, i.e., that demand curves slope downward, that an increase in the price of a product will reduce the demand for its complement, that resources gravitate to the areas where they will earn the highest return, etc."*.

[201] BORK, Robert H., *op. cit.*, p. xi.

[202] *"By 1969, then, an orthodox Chicago position (well represented in the writings of Robert Bork) had crystallized: only explicit price fixing and very large horizontal mergers (mergers to monopoly) were worthy of serious concern"* (POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis, *op. cit.*, p. 933).

[203] POSNER, Richard. *Antitrust Law: An Economic Perspective.* Chicago: University of Chicago Press, 1976.

Consequentemente, somente os custos que fossem incorridos exclusivamente pelas novas empresas poderiam ser considerados como barreiras à entrada[204].

Nesse contexto, a corrente entende que a intervenção estatal deve ser focada essencialmente nas concentrações horizontais que levem a uma efetiva diminuição da concorrência e em cartéis. Seus partidários defendem, por exemplo, que as restrições e concentrações verticais são sempre benéficas por reduzirem custos de transação[205].

Esta corrente entende que o valor essencial protegido pela legislação de defesa da concorrência é o bem-estar do consumidor[206], que seria beneficiado pelas concentrações econômicas que na sua visão geralmente produzem eficiências.

No entanto, é necessário ponderar que normalmente a Escola de Chicago utiliza a expressão "bem-estar do consumidor" no sentido de eficiência econômica[207]. Pressupõe assim que as concentrações são fontes geradoras de eficiências econômicas e que elas acarretam benefícios aos consumidores. Assim, a Escola estabelece a associação da expressão bem-estar do consumidor à eficiência econômica e ao bem-estar geral da economia[208].

Há autores que acentuam que o fato da Escola de Chicago ter escolhido a expressão "bem-estar do consumidor" sem deixar tão claro o alcance de seu significado teve o efeito de angariar maior aceitação para os seus postulados[209]. Com efeito, a Escola de Chicago combatia

---

[204] Tais críticas são sintetizadas em POSNER, Richard A. *The Chicago School of Antitrust Analysis, op. cit.* Sobre o tema discutirei com maior profundidade no item 4.3.2. do presente capítulo.

[205] POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, pp. 925-948, Apr., 1979.

[206] BORK, Robert H., op. cit., p. xi afirma que: "(...) *the exclusive goal of antitrust adjudication, the sole consideration the judge must bear in mind, is the maximization of consumer welfare. The judge must not weight against consumer welfare any other goal, such as the supposed social benefits of preserving small businesses against superior efficiency.*"

[207] Tal ressalva fica clara ao se ler o seguinte trecho de BORK, Robert H., *op. cit*., p. 427: "*The argument of this book, of course, is that competition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency. That requires economic reasoning because courts must balance, when they conflict, possible losses of efficiency in the allocation of resources with possible gains in the productive use of these resources. In a word, the goal is maximum economic efficiency to make us as wealthy as possible. The distribution of that wealth or the accomplishment of noneconomic goals are the proper subjects of other laws and not within the competence of judges deciding antitrust cases*".

[208] Tal associação fica muito clara no seguinte trecho de BORK, Robert H., *op. cit*., p. 90: "*Consumer welfare is greatest when society's economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation*".

[209] GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste.* São Paulo: Singular, 2006. O autor também destaca o uso retórico da Escola de Chicago: "o truque de BORK, claro, está em partir da constatação de que

sobretudo a interpretação jurisprudencial que incluía dentre os objetivos da política de defesa da concorrência metas distintas do alcance da eficiência, em especial a proteção da pequena empresa[210]. Assim, revelou-se extremamente útil o emprego de uma expressão de amplo apelo político: bem-estar do consumidor[211]. Assim, tal recurso retórico contribuiu para a ampliação da aceitação da doutrina[212].

Não se nega que normalmente tanto a eficiência econômica como o bem-estar do consumidor serão incrementados com a política de defesa da concorrência. O melhor exemplo dá-se no combate a cartéis, já que o desestímulo à uniformização de preços e outras condutas comerciais traz benefícios tanto à eficiência econômica quanto aos consumidores. No entanto, haverá situações nas quais a eficiência produtiva, caso acompanhada de aumento significativo de mercado, não será suficiente para manter o bem-estar do consumidor, pois poderá haver aumento de preços não obstante a redução dos custos. Consequentemente, as duas expressões não podem ser tomadas como sinônimas. Do mesmo modo, o bem-estar geral nem sempre coincide com o bem-estar específico dos consumidores de determinado produto ou serviço afetado por uma concentração ou conduta.

Assim, é importante demarcar a diferenciação entre os conceitos, para o que é essencial definir adequadamente o termo bem-estar do consumidor, que no meu entender possui um sentido estrito, correspondente ao interesse do consumidor específico de um determinado bem ou serviço. Ou, nas palavras de Joseph Brodley, o bem-estar do consumidor corresponde aos

---

todos (trabalhadores, acionistas, fornecedores, clientes) são também consumidores. Assim foi fácil tornar a "proteção do consumidor" sinônimo de bem-estar agregado".

[210] BORK, Robert H., *op. cit.*, p. 81-89 aponta cinco vantagens em estabelecer que o bem-estar do consumidor é o único objetivo da política de defesa da concorrência: "*The consumer welfare goal (1) gives fair warning, (2) places intensely political and legislative decisions in Congress instead of the courts, (3) maintains the integrity of the legislative process, (4) requires real rather than unreal economic distinctions, and (5) avoids arbitrary or anticonsumer rules*".

[211] LANDE, Robert H. The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust, *The Antitrust Bulletin* v. 33, p. 429-436, 1988. O autor pontua que: "*Bork used 'consumer welfare' as an Orwellian term of art that has little or nothing to do with the welfare of true consumers*".

[212] Ver as seguintes observações de Albert Foer sobre o que significa consumer welfare para a Escola de Chicago: "*In other words, consumer welfare, to Bork, is what others call "total welfare," not the welfare of real live consumers of the type who walk into the drugstore and make purchases. By capturing the symbol of consumerism in this way, Bork pulled off a major public relations coup for laissez faire, but he also created confusion for public discussion that still continues*" (FOER, Albert A. The goals of antitrust: thoughts on consumer welfare in the US. In: MARSDEN, Philip (Ed.). *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006, p. 6).

"benefícios econômicos diretos e explícitos recebidos pelos consumidores de um produto particular mensurados pelo seu preço e qualidade" [213].

Tal precisão conceitual deixa clara a constatação de que nem sempre a eficiência econômica é sinônima de interesse do consumidor, havendo, inclusive, situações em que o aumento de bem-estar econômico pode ser alcançado com redução do bem-estar específico dos consumidores de determinado produto ou serviço afetado por uma concentração ou conduta. O exemplo mais contundente é o de uma fusão empresarial que acarrete reduções de custos suficientes para superar o aumento do peso morto, mas insuficientes para impedir o aumento de preço. Nesse caso há captura integral dos benefícios por parte dos produtores, inclusive à custa de elevação de preços que prejudica os consumidores[214], tema que será detidamente analisado no capítulo 4.

Portanto, nem sempre a eficiência econômica reverterá em benefício do consumidor. Com efeito, a eficiência econômica no sentido do ótimo de Pareto será benéfica, já o aumento de eficiência produtiva, acompanhado de poder de mercado, pode ser prejudicial ao consumidor.

Ademais, há autores que acentuam que mesmo nas hipóteses em que a eficiência econômica é benéfica, não deve ser o único fator a ser realçado na política de defesa da concorrência. Em tal perspectiva, os interesses dos consumidores não podem ser limitados à questão da eficiência e da capacidade dos mercados alocarem os bens mais desejados em função do preço que o consumidor estiver disposto a pagar. Assim, criticam a abordagem de Chicago por não tratar o interesse do consumidor também sob o prisma da liberdade de escolha[215].

Não obstante tais críticas, a Escola de Chicago angariou uma aceitação extremamente ampla no campo da defesa da concorrência, especialmente nos Estados Unidos. Um exemplo clássico da jurisprudência da Suprema Corte, tido como um marco na incorporação das idéias

---

[213] BRODLEY, Joseph F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. *New York University Review*, v. 62, 1987, p. 1033. Tradução livre da seguinte passagem: "*direct and explicit economic benefits received by the consumers of a particular product as measured by its price and quality*". O autor, assim, destaca que: "*we can best define the sonsumer welfare goal of antitrust as consumer surplus maximized over the long run*".

[214] Exemplo dado, entre outros por FOER, Albert A., *op. cit.*, p. 6 e BRODLEY, Joseph F., *op. cit.*, p. 1034

[215] NUSDEO, Ana Maria, *op. cit.*, p. 248 e AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the "consumer choice approach" to antitrust law, *op. cit.*

da corrente pelo Poder Judiciário, foi o caso *Continental TV Inc. vs. GTE Sylvania*. Tratou-se da análise de restrições verticais feitas pelo produtor à sua rede de franqueados, com imposição de divisões territoriais. A Suprema Corte atestou que tais acordos não poderiam ser tratados como ilegais *per se*, mas sim submetidos à regra da razão, uma vez que permitiriam o aprofundamento da concorrência intermarcas ao promover arranjos eficientes na distribuição de seus produtos[216].

No campo administrativo a influência da Escola de Chicago também foi marcante. O principal reflexo deu-se na incorporação da avaliação das eficiências econômicas na análise dos efeitos de uma fusão, matéria que foi sendo progressivamente disciplinada nas Diretrizes das autoridades antitruste, como será aprofundado no capítulo 4 da Tese.

A Escola de Chicago teve enorme impacto na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos órgãos de defesa da concorrência dos Estados Unidos nas décadas de 70 e 80, período caracterizado por forte concentração econômica e fortalecimento dos grandes grupos empresariais. Posteriormente, porém, em razão de diversas críticas endereçadas a postulados de Chicago, a aplicação da política de defesa da concorrência nos Estados Unidos incorporou novos conceitos bem como revitalizou concepções da Escola de Harvard, fazendo com que houvesse uma situação de equilíbrio, sem absoluto domínio de uma exclusiva concepção. Passo, então, a descrever teorias que estabeleceram contrapontos a algumas das concepções da Escola de Chicago.

3.2.1.3 Concepções alternativas à Escola de Chicago

Há diversas críticas à análise econômica do direito, seja à sua noção de eficiência, seja por reduzir todos os conflitos a meras disputas de interesses, descurando-se da existência de conflitos de valores[217]. Critica-se também o reducionismo da visão centrada exclusivamente na questão da eficiência e o entendimento de que praticamente todas as concentrações e restrições da concorrência são arranjos eficientes e não devem sofrer intervenção das autoridades

---

[216] Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc. 433 US 36, 97 S. Ct. 2.549, 53 L. Ed. 2d, 568.
[217] Ver, a propósito, as críticas efetivadas por FISS, Owen. The death of law. *Cornell Law Review* n. 72, pp. 1-15, 1986.

antitruste. Os críticos ressaltam ainda, como anteriormente visto, que não se pode confundir eficiência e bem-estar geral da economia com bem-estar do consumidor.

É importante também destacar teorias econômicas que criticam postulados da escola neoclássica e são contrapontos a algumas das conclusões da Escola de Chicago. O conjunto de tais críticas fez com que após um período de predomínio das concepções da Escola, houvesse reflexões que levaram a modificações na execução da política de defesa da concorrência nos Estados Unidos, com influência em outros países.

3.2.1.3.1 A Nova Economia Institucional

Inicio fazendo referência à Nova Economia Institucional (NEI), que destaca a importância dos custos de transação e contrapõe-se ao paradigma neoclássico de racionalidade maximizadora de eficiências.

A Escola manifesta concordância com diversos postulados neoclássicos, tais como o fundamento da escassez, o papel do mercado na definição dos preços relativos e a função central da concorrência. No entanto, apresenta pontos diferenciais, dentre os quais o abandono do primado da "racionalidade instrumental", a centralidade das instituições e o papel dos custos de transação como a conexão entre instituições e custos de produção[218].

O precursor da Nova Economia Institucional é o economista Ronald Coase, que pioneiramente destacou a visão da empresa como um nexo de contratos, efetivando a formulação da economia dos custos de transação, que são os recursos econômicos empregados para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica[219].

Apresentou também o "teorema de Coase", segundo o qual se os custos de transação forem nulos ou irrisórios, as próprias partes irão resolver eventuais conflitos da forma mais

---

[218] Sobre a nova economia institucional ver: NORTH, Douglass C., *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990 e WILLIAMSON, O. E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *Journal of Economic Literature*, v. 38, p. 595-613, 2000.
[219] COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica* v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

eficiente possível, sendo desnecessário para tanto qualquer disposição legal sobre o tema[220]. Assim, o teorema preconiza que somente nas hipóteses em que há custos de transação incide a necessidade de o ordenamento jurídico dispor sobre a alocação de direitos.

A nova economia institucional contesta o paradigma neoclássico do homem racional, entendendo que os agentes econômicos enfrentam limitações em sua capacidade de coletar e processar informações, sendo incapazes de antecipadamente prever e estabelecer medidas corretivas para qualquer evento que possa ocorrer no âmbito da transação. Surge assim a teoria da racionalidade limitada, ou "*Bounded Rationality Theory*"[221].

Um aspecto importante para a acentuação da racionalidade limitada é a assimetria de informações, tida como uma importante falha de mercado. Ela decorre de conhecimentos não suficientemente disseminados na economia. Uma das partes da transação possui melhores informações do que a outra [222].

Diversas são as consequências derivadas da assimetria de informações. Dentre elas podemos destacar, em primeiro lugar, a questão da seleção adversa, ou seja, a circunstância de que a insuficiente informação leva a um tratamento uniforme de situações díspares, o que pode afastar os clientes com melhor perfil. Um exemplo clássico dá-se no mercado de crédito. Nas hipóteses em que o credor não possui condições de obter as informações suficientes sobre os seus potenciais clientes, ele não tem capacidade de discernir entre bons e maus pagadores. Assim, estabelece uma elevada taxa média de juros, como forma de compensar o risco do não pagamento, ao invés de praticar taxas diferenciadas de acordo com o perfil individual de cada tomador de empréstimo. Alguns bons clientes tendem a desistir do negócio, por acharem a taxa alta demais para o seu perfil. Assim, a taxa de juros elevada acaba "selecionando" o cliente de maior risco em detrimento do tomador de menor risco[223].

Outro problema associado à assimetria de informação é o risco moral, que diz respeito à conduta futura do contratante, havendo possibilidade de comportamento oportunista ou não cooperativo. Um excelente exemplo dá-se no mercado de seguros. O risco moral residiria na

---

[220] COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of law and economics* v. 3, p. 1-44, 1960.
[221] SIMON, Herbert. Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science. *The American Economic Review* v. 49, n. 3, 1959, p. 272.
[222] Um importante precedente na área foi o trabalho de ARROW, Kenneth. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *American Economic Review* V. 53, n. 5, pp. 941-973, 1963.
[223] Ver, a propósito, AKERLOFF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

adoção pelo segurado de um comportamento que agrave o risco de ocorrência do evento sinistro[224].

Assim, a insuficiente informação pode constituir incentivo para a recusa da empresa estabelecer contratos com determinadas pessoas (como no caso narrado dos seguros) ou a enormes disparidades de custos (como se dá na diferença de preço entre automóveis usados e novos)[225]. Ademais, as empresas acabam tendo que desenvolver mecanismos de proteção, que aumentam seus custos, que são repassados aos preços de seus produtos ou serviços.

Portanto, a insuficiente capacidade da mente humana em formular e resolver problemas transacionais complexos, incrementa as incertezas negociais, produzindo ineficiências econômicas, tornando essencial o estabelecimento de mecanismos atenuadores dos custos de transação[226].

Ronald Coase, inclusive, defende que um dos papéis mais importantes do direito é o de mitigar os custos de transação, alocando-os para a parte neles mais interessada[227]. Neste contexto, os contratos desempenham importante função, pois os agentes econômicos buscam, no presente, antecipar problemas que possam ocorrer no futuro, prevendo a forma de sua solução. Assim, são previstos importantes mecanismos de defesa, tais como cláusulas contratuais que estabelecem sanções para o descumprimento do contrato, tornando, assim, os custos de seu rompimento superiores aos benefícios em descumprir a avença. Para a eficácia de tais cláusulas possuem elevada importância os mecanismos públicos, em especial a execução judicial. Há também mecanismos privados, sobretudo a perda de reputação do agente econômico.

No entanto, na utilização do contrato para a mitigação dos custos de transação aparece de forma bastante clara a questão da racionalidade limitada, pois não há como os contratantes preverem no presente todos os problemas que poderão ocorrer no futuro, o que conduz a inevitáveis lacunas e, consequentemente, ao risco de comportamento oportunista por parte de um dos contratantes, que busca extrair vantagens indevidas da lacuna contratual. Assim,

---

[224] STIGLITZ, Joseph E.; WELLS, Andrew. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *The American Economic Review*, v. 71, n. 3, p. 393-410, 1981.
[225] AKERLOFF, George A., *op. cit*, p. 488.
[226] WILLIAMSON, Oliver. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. New York: The free press, 1983.
[227] COASE, Ronald H. The problem of social cost, op. cit., p. 1-44, 1960.

agentes oportunistas aproveitam brechas do contrato para extrair uma vantagem indevida, em desacordo com a boa-fé objetiva, ocasionando um desequilíbrio contratual que é disfuncional para a economia como um todo.

Segundo Oliver Williamson: 1) contratos complexos mostram-se necessariamente incompletos; 2) todo contrato implica riscos; e 3) é possível criar-se valor adicionado com formas organizacionais que objetivem equacionar a racionalidade limitada e salvaguardar as transações contra o exercício de oportunismo. Isso significa que nem sempre as relações de mercado serão adequadas para a gestão das transações entre os agentes econômicos, sendo imprescindível a presença de instituições[228].

Outro modo das empresas mitigarem os seus custos de transação é justamente a concentração vertical, através da qual passam a organizar internamente as atividades antes contratadas com outras empresas[229]. No entanto, se, por um lado tal integração é eficiente para a empresa, por outro lado pode ocasionar impactos na estrutura concorrencial, o que demanda atenção das autoridades antitruste.

A NEI pontua que como a racionalidade econômica é limitada, as instituições são necessárias, já que os contratos não são suficientes para eliminar todas as incertezas[230].

Desse modo, a NEI destaca que as organizações são resultado da busca de minimização dos custos de transação por parte dos agentes econômicos. A governança é um esforço para assegurar a ordem, mitigar os conflitos e realizar os ganhos mútuos. A chave para o contínuo desempenho econômico positivo é uma matriz institucional flexível[231]. Na concepção da NEI tanto as instituições[232] como as organizações[233] têm importante papel a desempenhar para o

---

[228] WILLIAMSON, Oliver. Strategizing, Economizing, and Economic Organization. *In*: RUMMELT. R., SCHENDEL, D. e TEECE,D. *Fundamental Issues in Strategy*. Harvard Business School Press, 1994, p. 369.

[229] COASE, Ronald *The nature of the firm, op. cit.* O autor destaca que através das integrações verticais as transações passam a ser comandadas pela organização empresarial e não pelo mercado.

[230] WILLIAMSON, Oliver. Strategizing, Economizing, and Economic Organization, *op. cit.*, p. 369.

[231] WILLIAMSON, Oliver E. The new institutional The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *Journal of Economic Literature*, v. 38, setembro de 2000, p. 599

[232] Instituições: formadas pela regras formais (leis, *common law*, regulações), pelos obstáculos informais (convenções sociais, normas de comportamento, e códigos de auto-regulamentação) e pelas características da execução de ambos. Este conjunto determina a performance econômica. As normas informais são modificadas de modo ainda mais lento do que as regras formais.

[233] Organizações: são os agentes. Incluem os órgãos políticos (Partidos Políticos, Congresso, conselhos, agências reguladoras), os agentes econômicos (empresas, sindicatos, agricultura familiar, cooperativas) e os órgãos sociais (igrejas, clubes, associações atléticas) e instituições de ensino (escolas e faculdades).

desenvolvimento, já que são essenciais para a redução de incertezas, para capturar os potenciais ganhos do comércio e permitir trocas anônimas e impessoais ao longo do tempo[234].

A Nova Economia Institucional apresenta importantes contribuições para a compreensão da concorrência como, por exemplo, levar em consideração na avaliação dos efeitos de uma conduta ou de um ato de concentração as especificidades do entorno institucional, bem como o legado histórico (*path dependence*)[235]. Uma interessante aplicação prática de tal teoria é a de analisar determinadas estratégias em uma perspectiva histórica, principalmente tratando-se de contratos relacionais, em que a transação prolonga-se no tempo, não sendo definida em uma única troca instantânea[236].

Outra contribuição fundamental foi a de destacar a centralidade dos custos de transação, o que impõe que a sua eventual mitigação (ou, pelo contrário, a sua acentuação) seja averiguada na ponderação dos efeitos dos atos de concentração e das condutas. A perspectiva da NEI permite, por exemplo, elevar a redução dos custos de transação à condição de eficiência econômica em diversos arranjos verticais.

3.2.1.3.2 A abordagem neo-schumpeteriana

Outra perspectiva que destoa dos paradigmas neoclássicos é a análise sob o prisma da inovação, sendo essencial destacar as contribuições de Schumpeter. Antes de tudo, é preciso ponderar que o próprio Schumpeter não estudou especificamente a questão concorrencial, que não estava no centro de suas atenções. Mas chegou a conclusões importantes relacionadas com o tema, como, por exemplo, o seu destaque ao papel dos grandes conglomerados (e, assim, da concentração econômica) para viabilizar a inovação. Será, no entanto, ao final salientado que os neo-schumpeterianos vêm relativizando a relação necessária entre concentração e inovação, salientando, ainda, a importância da política de defesa da concorrência levar em consideração a eficiência dinâmica.

---

[234] NORTH, Douglass. Institutions, institutional changes and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
[235] *Ibidem.*
[236] Ver, a propósito, AZEVEDO, Paulo Furquim de. *A Nova Economia Institucional e a Defesa da Concorrência: reintroduzindo a história*. Rio de Janeiro: UFRJ/IE, 2006. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto_14_11.pdf. Acesso em 16.10.2009.

Ao estudar o desenvolvimento, Schumpeter toma como ponto de partida o fluxo circular em estado estacionário e rotineiro, no qual não há desenvolvimento, mas apenas uma adaptação do sistema a mudanças e acontecimentos externos. O desenvolvimento é causado pela introdução de uma inovação na produção (como, por exemplo, a descoberta científica ou tecnológica, a criação de um novo produto ou de novos métodos de produção, ou o surgimento de novos mercados) [237].

Schumpeter conclui que a inovação tecnológica introduzida pelo empreendedor causa a perturbação ou a revolução do estado estacionário, gerando assim o desenvolvimento. Salienta o autor que se trata de um processo cíclico, que possui um *boom*, seguido de uma fase de depressão. No *boom*, o empreendedor que introduziu a inovação ganhou uma grande vantagem em relação aos demais, o que lhe permite obter uma alta margem de lucro. No entanto, tendo em vista a disseminação das informações, a tendência é a de que os demais empresários copiem a inovação. Daí se segue uma fase de depressão e um consequente retorno ao estado estacionário, à espera de uma nova introdução de inovação. A inovação para o autor é sempre inserida no processo produtivo, que para ele é parte crucial para a definição de toda a economia. Uma figura central é a do empreendedor que é dotado de espírito de inovação e liderança. Aquele que consegue introduzir primeiro a inovação torna-se mais dinâmico e mais eficiente e aufere mais lucros, o que permite que reinvista tais ganhos em sua atividade produtiva. Por seu turno, desaparecem as empresas que não se aproveitam no *boom* e não se restabelecem na fase da depressão: trata-se de uma concorrência dinâmica. O modelo clássico de concorrência perfeita não existe, afirma Schumpeter, destacando a importância dos monopólios e oligopólios. Assim, o empreendedor individual seria gradativamente substituído por grandes corporações com recursos e proporções adequadas para a promoção da inovação, para cuja viabilização são importantes o crédito e o sistema financeiro[238].

Nessa concepção, que é marcada por um processo de destruição criativa, não prepondera o equilíbrio, uma vez que a dinâmica do capitalismo seria a constante inovação e a

---

[237] SOUZA, N. de Jesus de. Desenvolvimento Econômico, São Paulo: Atlas, 2005, p. 148. O autor destaca que: "O desenvolvimento econômico shumpeteriano traduz-se por mudanças quantitativas e qualitativas das variáveis econômicas do fluxo circular, alterando sua estrutura e as condições do equilíbrio original. Aumenta a disponibilidade de bens per capita, em razão da maior taxa de crescimento da produção em relação à população. Melhora a qualidade dos produtos e dos serviços, assim como a renda média dos indivíduos."

[238] SCHUMPETER, J. A, *Teoria do desenvolvimento econômico.* São Paulo: Abril Cultural, 1988.

busca de lucros extraordinários derivados do aproveitamento (monopolístico) pela empresa que desenvolveu a nova criação.

No entanto, autores neo-schumpeterianos ponderam que a inovação não é gerada apenas pelo setor privado. Com efeito, em regra o empreendedor sozinho não consegue possibilitar a criação das bases para o desenvolvimento. Ele depende da atuação positiva do Estado, que é responsável por criar condições e estímulos que levem à inovação. Assim, é essencial construir um ambiente institucional inovador[239].

A relação necessária entre inovação e concentração é cada vez mais relativizada, pois há diversas situações de oligopólios instáveis (ou seja, caracterizadas por concorrência interna e com ameaças de novas entradas) permeados por inovações, além de serem frequentes as inovações realizadas por empresas entrantes[240]. Ademais, as barreiras à entrada, a par de limitar a concorrência, podem ser um fator de acomodação das empresas monopolistas ao investimento em inovação[241].

Há também autores que ponderam a importância da pressão concorrencial para gerar incentivos que levem as empresas a investir na inovação, salientando que em determinadas situações a diversidade de firmas – e não o monopólio – é importante para gerar incentivos para a inovação[242]. Há exemplos de setores caracterizados pelo uso de tecnologia de ponta, marcados por histórico de inovação e competição através de novos produtos. Por isso, parcela da doutrina defende que em tais setores é essencial a preservação de um mínimo padrão de escolha, sendo nociva a eliminação da concorrência, pois ela é um importante estímulo à inovação. É o que ocorre, por exemplo, com o setor de medicamentos[243].

Há ainda a questão da incerteza que permeia a inovação e o constante *trade-off* entre sacrificar interesses presentes (e, assim, concretos) para alcançar benefícios futuros (mas

---

[239] Em nosso ordenamento pátrio, tal crítica foi recebida, conforme se verifica nos artigos 218 e 219 da Constituição Federal, de acordo com os quais cabe ao Estado atuar como agente incentivador do desenvolvimento nacional.

[240] SCHERER, F.M. Antitrust and a Dynamic Economy. In: FIRST, H.; FOX, E.M.; PITOFSKY, R. (eds.), *Revitalizing Antitrust in Its Second Century: Essays on Legal, Economic and Political Policy*. EUA: Quorum Books, 1991, p. 49.

[241] *Idem, ibidem*., p. 54.

[242] FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003, p. 97.

[243] Ver, a propósito: AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the "consumer choice approach" to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, 2007, p. 216-220.

incertos). Tal aspecto é ressaltado mesmo pelos autores que defendem que a eficiência dinâmica é mais importante do que a estática. Assim, por exemplo, Possas defende um enfoque normativo neo-schumpeteriano e evolucionário, em que a eficiência dinâmica seja capaz de lidar adequadamente com dilemas intertemporais e com mudanças qualitativas – e por isso não facilmente quantificáveis – provenientes de inovações e mudanças tecnológicas. Entretanto, admite que tais questões são permeadas pela incerteza[244].

Para as finalidades do presente trabalho interessa realçar a possível tensão entre concorrência, inovação e bem-estar dos consumidores. Nas situações em que restar bem configurada a necessidade de concentração para permitir a efetiva inovação surge a pergunta se o interesse do consumidor poderia ser sacrificado em prol do incremento de eficiência dinâmica e, dessa maneira, alcançar a inovação que permitisse maior desenvolvimento? Ou, em outras palavras, seria mais positivo, por exemplo, permitir uma fusão que ocasionasse grande concentração em um mercado e acarretasse aumento do preço praticado nos produtos ofertados no presente, mas que, por outro lado, conferisse à empresa fusionada condições de investir mais em pesquisa e desenvolvimento para o aperfeiçoamento do processo produtivo, incremento de qualidade e criação de novo produtos?

A resposta à questão permite mais de uma abordagem. Em primeiro lugar novamente coloca em foco a harmonização dos objetivos da defesa da concorrência. É óbvio que o interesse do consumidor deve ser compatibilizado com o interesse público da promoção de desenvolvimento econômico.

No entanto, o aspecto fulcral não está propriamente na questão da prevalência de um interesse sobre o outro, pois eles não são necessariamente contrapostos. Com efeito, no longo prazo, caso a inovação efetivamente ocorra, o consumidor também será beneficiado, pelo acesso a novos produtos, incremento de sua qualidade e talvez até mesmo pela diminuição de preço (caso a inovação incida sobre o aperfeiçoamento do processo produtivo e traga significativas reduções de custos).

A pedra de toque parece residir na investigação da necessidade da concentração para a promoção da inovação. Ou, em outras palavras, analisar se a concentração é efetivamente

---

[244] POSSAS, Mário Luiz. Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. *In: Revista de Economia Política*, v. 24, n.1, p. 93, jan-mar/2004.

imprescindível para promoção da inovação (ou seja, a concentração é apta a trazer eficiência dinâmica e somente pode ser alcançada através da fusão e não de modo menos restritivo à concorrência). Exige-se, ainda, algum grau de certeza no desenvolvimento da inovação, pois somente assim será proporcional sacrificar um interesse presente.

Em outras palavras deverão ser apresentadas evidências: 1) de que a concentração é o meio mais viável de se alcançar determinada inovação e 2) de que a inovação efetivamente ocorrerá e trará benefícios a todos, inclusive aos consumidores que tiveram no curto prazo alguma redução de bem-estar. Vale, inclusive, lembrar que são cada vez mais incisivos os questionamentos quanto à imprescindibilidade da concentração para alcançar a inovação, havendo ponderações no sentido de que muitas vezes a concorrência possibilita maiores opções de centros de pesquisa, diversificando o próprio processo de inovação, com a vantagem de preservar o direito de escolha dos consumidores[245].

Aliás, este aspecto foi bastante salientado no caso *Microsoft* julgado pela Corte de Primeira Instância da União Européia, que entendeu válidas as multas e demais imposições efetivadas pela Comissão Européia[246].

Uma das condutas objeto de condenação foi a recusa da *Microsoft* em fornecer informações necessárias para que softwares desenvolvidos por empresas concorrentes pudessem interagir com o sistema operacional e outros programas da empresa. Tal acesso a informações foi inicialmente solicitado pelas empresas *Novell e Sun Microsystems* que necessitavam da interação com o sistema operacional da *Microsoft* para o correto funcionamento de um programa pioneiramente para conexão em rede de computadores para pequenas empresas. A Comissão enquadrou a recusa em fornecer as informações como abuso de posição dominante e determinou que ela prestasse as informações cabíveis (com a preservação da propriedade intelectual) aos concorrentes, além do pagamento de elevada multa. A Corte de Primeira Instância, ao referendar a decisão da Comissão negando provimento à ação movida pela Microsoft, estatuiu que a negativa da prestação de informações constituía efetivamente violação ao art. 82, b, do Tratado de Roma que veda que as empresas

---

[245] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H, *op. cit*, p. 195..

[246] *Microsoft Corp. vs. Commission*. Case T-201/04. Court of First Instance. 17.09.2007. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:269:0045:0046:PT:PDF. Acesso em 29.12.2009.

abusem de sua posição dominante, proibindo, em particular, condutas que venham a "limitar a produção , mercados ou desenvolvimento técnico em prejuízo aos consumidores". A Corte pontuou que um dos aspectos mais importantes que fundamentaram a condenação da Microsoft foi que os produtos dos concorrentes eram inovadores e a estratégia da Microsoft de negar as informações necessárias para a interação entre os softwares deles e os da Microsoft impedia o desenvolvimento de inovação por seus rivais, contrariando os desejos dos consumidores, que, inclusive, avaliavam melhor os produtos dos concorrentes em todos os quesitos, exceto o de interoperabilidade. Assim, muito da liderança da Microsoft era angariada menos por seus méritos e mais pelas vantagens de interoperabilidade de seus softwares (alcançada principalmente através dos obstáculos artificiais impostos aos concorrentes).

É interessante destacar que dois argumentos que tradicionalmente soam como indisputáveis para a Escola de Chicago foram repelidos pela Comissão e pela Corte Européia: 1) o de que foram feitos significativos investimentos no desenvolvimento dos protocolos do sistema operacional; 2- a abertura de determinadas informações retiraria incentivos para inovações e, assim, haveria menos recursos para pesquisa e investimentos. A Corte entendeu que os tais argumentos da Microsoft sobre os incentivos para inovação não enfraquecem o dever de revelar as informações[247].

Comentando tal decisão, Eleanor Fox destaca que ela se afasta da tradição conservadora do antitruste dos Estados Unidos, promovendo a eficiência ao privilegiar a concorrência e não a concentração de poder de mercado, beneficiando os usuários de computadores através da interoperabilidade e da rivalidade construída sobre os méritos do desenvolvimento dos melhores aplicativos de informática e dos incentivos concorrenciais para o desenvolvimento de melhores produtos, o que não seria alcançado sem o compartilhamento de informações[248]. Tratou-se de caso em que órgãos executores da política antitruste da União Européia entenderam que a concorrência – e não a concentração econômica – eram os meios mais propícios a conferir inovação no mercado de *softwares*.

---

[247] Corte de Primeira Instância. Comunicado de Imprensa n. 63/07. Disponível em: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=CJE/07/63&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en. Acesso em 29.12.2010.

[248] FOX, Eleonor M. The efficiency paradox. In: PITOFSKY, Robert. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analy*sis *on U.S. Antitrust. Oxford: Oxford University*, p. 77-88, 2008, p. 88.

Em suma, entendo que, a princípio, inovação e bem-estar dos consumidores são dois interesses convergentes, uma vez que, em regra, a inovação traz maior diversidade de produtos, incrementa a sua qualidade e reduz os custos de produção, beneficiando, assim, o consumidor e ampliando as opções de escolha. Nas situações em que for alegada a necessidade de concentração para permitir uma inovação, em primeiro lugar deverá ser investigado se ela é efetivamente necessária para alcançar o objetivo visado. Em segundo lugar deverá ser analisado qual o modelo mais propício: o concentrado ou a diversificação de empresas. Em terceiro lugar, caso demonstrado que a concentração é efetivamente essencial para a inovação no caso concreto, deverá ser investigado se há evidências suficientes de que a eficiência dinâmica efetivamente ocorrerá e será apta a no futuro beneficiar os consumidores.

Caso todas essas condições estiverem presentes, ainda que em um curto prazo possa haver aparente contrariedade aos interesses mais imediatos dos consumidores, no médio e longo prazo eles serão beneficiados.

3.2.1.3.3 A doutrina "Pós-Chicago"

Sob a denominação de "*Post-Chicago Economics*" há contribuições de teóricos de diversas matizes que colocam em xeque algumas das concepções de Chicago, postulando a análise dos efeitos de determinadas condutas ou atos de concentração que na perspectiva da Escola de Chicago não seriam considerados anticoncorrenciais[249].

Consequentemente, há uma tendência do Poder Judiciário e dos órgãos de defesa da concorrência para uma maior intervenção, sem retornar, no entanto para a amplitude do tempo de prevalência do estruturalismo. Deste modo, sem negar a validade da intensa utilização da perspectiva econômica, nem dos seus pilares fundamentais, são feitas críticas pontuais a determinados aspectos da doutrina de Chicago, que repercutem em uma maior utilização de medidas interventivas[250].

---

[249] GOLDBERG, Daniel, *op. cit.*, p. 93.
[250] BAKER, Jonathan B. A Preface to Post-Chicago Antitrust. In: VAN DER BERGH, Roger; PARDOLESI, Roberto; CUCINOTTA, Antônio (Eds). *Post Chicago Developments in Antitrust Analysis*. London: Edward Elgar, 2002.

Houve, por exemplo, um endurecimento do entendimento das Cortes quanto às condutas de monopolistas que levassem à exclusão de concorrente sem um motivo justificável[251].

Há ainda o aumento da importância conferida à análise de condutas que possam acarretar aumento dos custos dos rivais, o que conduziu à reavaliação dos efeitos de atos de concentrações e restrições verticais[252]. Outra grande modificação foi que novamente voltou-se a atenção à conduta de preço predatório, abandonada pela Escola de Chicago. Atualmente são apontadas diversas situações em que seria racional a sua adoção[253].

No que tange às fusões, também nota-se o incremento do rigor em sua análise. Um bom exemplo é a preocupação com aquisições que possam reforçar a capacidade de colusão (explícita ou tácita) entre os concorrentes. Igualmente, há maior atenção à aquisição de firmas "*Mavericks*", ou seja, aquelas que, mesmo sendo de porte modesto, possuem um papel de pressionar concorrencialmente as demais firmas do mercado[254]. Houve, ainda, crescente percepção da necessidade de analisar a intensidade da concorrência em pesquisa e desenvolvimento (P&D) em mercados caracterizados pela inovação[255]. Em determinadas situações houve também a diminuição da exigência de evidência de concentração econômica em fusões envolvendo empresas de mercados diferenciados para autorizar a imposição de restrições pelas autoridades administrativas de defesa da concorrência[256].

O embate entre as escolas de Chicago e Harvard, bem como a imprescindível contribuição da Nova Economia Institucional e da Economia da Organização Industrial e da corrente pós-Chicago, influenciou decisivamente tanto a jurisprudência quanto as autoridades

---

[251] United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C.) e U.S.L.W. 3111 (2000), appeal docketed No. 00-5212 (D.C. Cir. 2000).

[252] KRATTENMAKER, Thomas; SALOP, Steven. Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. *Yale Law Journal*, v. 96, p. 209-293, 1986.

[253] BRODLEY, Joseph; BOLTON, Patrick; RIORDAN, Michael. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy. *Georgetown Law Journal*, v. 88, p. 2239, 2000.

[254] Ver, a propósito, o §2.12 das Horizontal Merger Guidelines de 1992 do Dept. of Justice & F.T.C: "*In some circumstances, coordinated interaction can be effectively prevented or limited by maverick firms--firms that have a greater economic incentive to deviate from the terms of coordination than do most of their rivals (e.g., firms that are unusually disruptive and competitive influences in the market). Consequently, acquisition of a maverick firm is one way in which a merger may make coordinated interaction more likely, more successful, or more complete*".

[255] GILBERT, Richard J.; SUNSHINE, Steven C. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. *Antitrust Law Journal*, v. 63, p. 569, 1995.

[256] BAKER, Jonathan B. Product Differentiation through Space and Time: Some Antitrust Policy Issues. *Antitrust Bulletin* v. 42. p. 177-196, 1997.

administrativas encarregadas da defesa da concorrência. Assim, ela não possui uma hegemonia absoluta nos Estados Unidos, convivendo com outras concepções.

Assim, por exemplo, a Nova Economia Institucional coloca em xeque diversas situações vistas como racionais e eficientes pela Escola de Chicago, ao realçar com maior evidência a questão dos custos de transação e contestar o paradigma da racionalidade plena do agente econômico (destacando, assim, a existência de racionalidade limitada). Ademais a NEI fez com que as autoridades de defesa da concorrência incorporassem o dever de observar e levar em consideração o ambiente institucional ao dimensionar os efeitos de condutas e atos de concentração.

A análise neo-schumpeteriana contribui com a análise da eficiência dinâmica, ampliando as perspectivas levadas em consideração, uma vez que a Escola de Chicago centralizava a análise na eficiência produtiva e na eficiência alocativa.

Algumas concepções da Escola de Harvard continuam sendo empregadas, obviamente sem o radicalismo do entendimento de que a concentração sempre seria deletéria. No entanto, as lições de Harvard servem de reforço para refutar a presunção de que todas as concentrações horizontais tenham, como regra, motivação no aumento de eficiência produtiva. Critica-se, também, o automatismo do raciocínio de que a redução de custos necessariamente seria repassada ao preço, dada a concorrência efetiva ou potencial[257]. Com efeito, há diversas situações em que a motivação da fusão é angariar maior poder de mercado e a elevação da posição dominante neutraliza a pressão competitiva, o que demanda um acurado estudo dos efeitos das fusões. Assim, é contestável o postulado de que as concentrações horizontais são em regra eficientes ou de que todos os arranjos verticais são positivos *per se*.

Nessa perspectiva, se por um lado a eficiência econômica foi definitivamente incorporada à análise antitruste, por outro lado ela não possui o valor absoluto que a Escola de Chicago lhe conferia.

Inclusive, há nos Estados Unidos autores que contestam com veemência a proeminência da eficiência dentre os objetivos da política antitruste. Eleanor Fox, por exemplo, entende que por quase cem anos o antitruste foi caracterizado como uma oposição à excessiva concentração de poder de mercado e que é ilógico entender que necessariamente a

[257] Concepção esposada, sobretudo, por BORK, Robert H., *op. cit.*

concentração de tal poder será eficiente. Ademais, a eficiência é um conceito multifacetado e os aplicadores da política de defesa da concorrência sabem muito pouco sobre como alcançar a eficiência. Parodiando Robert Bork, a autora alude ao termo "paradoxo da eficiência", ou seja, "em nome da eficiência o direito antitruste economicamente conservador dos Estados Unidos protege condutas ineficientes de empresas dominantes e, assim, protege a ineficiência"[258]. Para superar tal paradoxo, a autora propõe, dentre outras medidas, o "ajuste do pêndulo, para que se acredite mais em mercados competitivos e rivalidade dinâmica e se coloque menor fé na autonomia das empresas dominantes"[259].

É evidente, assim, que somente é possível aceitar a eficiência como defesa na análise dos efeitos anticompetitivos de uma conduta ou de um ato de concentração caso haja extremo rigor e profunda ponderação na sua análise. Por exemplo, deve haver parcimônia quanto às espécies de eficiência que podem ser consideradas aptas a compensar eventuais restrições à concorrência[260].

Há, ainda, contribuições no sentido de que a análise dos impactos de condutas e atos de concentração deve levar em consideração o papel da escolha do consumidor em mercados nos quais o preço não seja o principal fator de concorrência ou em que a inovação dependa da existência de mais de uma empresa.

Desse modo, defende-se a revisão de alguns postulados da Escola de Chicago para alcançar uma situação de relativo equilíbrio na concepção dos objetivos da política de defesa da concorrência nos Estados Unidos. Por um lado a concentração não é vista como um mal por si só, uma vez que há situações em que ela é necessária pelas economias de escala que acarreta. Por outro lado, há o reconhecimento de que a concentração é um pré-requisito para o incremento de poder de mercado, o qual nem sempre é algo positivo. Há situações em que a estrutura de mercado concentrada é particularmente atrativa para a utilização de estratégias anticompetitivas. Portanto, se a concentração não é deletéria *per se*, há a necessidade de averiguar a possibilidade de ela ocasionar condições

---

[258] FOX, Eleonor M. The efficiency paradox, *op. cit.*, p. 88. Tradução livre do original: "*The efficiency paradox, is that, in the name of efficiency, economically conservative U. S. antitrust law protects inefficient conduct by dominant and leading firms and thus protects inefficiency*".

[259] *Ibdem*, p. 88. Tradução livre do original: *"(...) by adjusting the pendulum to put more trust in open markets and dynamic rivalry and less trust in the autonomy of dominant firms"*.

[260] A análise das eficiências compensatórias é aprofundada no Capítulo 4.

propícias a estratégias anticompetitivas, hipótese em que é necessária a intervenção das autoridades antitruste[261].

Ademais, ao contrário do que a Escola de Chicago preconizava, as concentrações e restrições verticais não mais possuem a presunção absoluta de legalidade. Assim, atualmente, defende-se a necessidade da análise caso a caso, pois haverá situações que podem trazer prejuízos à concorrência, como, por exemplo, as hipóteses em que houver aumento dos custos dos rivais ou fechamento de mercado[262].

Desse modo, o conjunto das teorias alternativas a Chicago contribuiu para relativizar o papel das eficiências econômicas na execução da política de defesa da concorrência nos Estados Unidos, auxiliando, inclusive, a realçar a importância do bem-estar específico dos consumidores e do seu direito de escolha.

3.2.1.4 A doutrina da escolha do consumidor

Há uma série de artigos, a maior parte deles contando com a participação de Robert Lande (que inclusive é um dos precursores do método do *price standard*), que defendem que o objetivo fundamental do antitruste é o direito de escolha dos consumidores.

Assim, por exemplo, há o contraponto ao argumento de Robert Bork de que a eficiência seria o principal desiderato do legislador dos Estados Unidos ao promulgar as leis antitrustes. Lande argumenta que na realidade foi justamente a proteção do consumidor contra preços excessivos cobrados pelos monopolistas o fundamento central para a promulgação do *Sherman Act*, o que estaria muito claro no teor dos debates que antecederam a edição da lei, havendo diversas referências ao consumidor e às perdas a ele acarretadas pelas condutas anticoncorrenciais e nenhuma referência direta à expressão eficiência. Nesse contexto, defende a perspectiva de que “a razão primária do Congresso para aprovar as leis antitruste era

---

[261] HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 46.
[262] BAKER, Jonathan B. Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views, *Antitrust Law Journal*, v. 58, p. 645, 1989.

prevenir que os consumidores pagassem mais do que o nível competitivo em suas mercadorias e serviços", havendo, assim, efetiva preocupação com a questão da transferência de renda[263].

Posteriormente, em artigo escrito em conjunto com John Kirkwood, há a análise de recentes decisões da Suprema Corte e de Cortes Federais da Apelação através da qual os autores afirmam que a jurisprudência atual dos Estados Unidos também tende a identificar a tutela do bem-estar do consumidor (no sentido de proteção de seus específicos interesses) como objetivo da política antitruste. Sustentam, por exemplo, que no controle de atos de concentração a jurisprudência é no sentido de que a eficiência somente poderia ser aceita caso as partes demonstrassem que as eficiências conduzissem a diminuição de custos cujos benefícios pudessem ser transferidos para os consumidores. Já no campo repressivo aludem a diversos julgamentos das Cortes Federais envolvendo práticas anticoncorrenciais, nas quais há a expressa referência de que o teste final para definir se a conduta viola a legislação antitruste é a averiguação de seu impacto nos consumidores. Concluem, assim, que tanto o histórico legislativo como recentes precedentes jurisprudenciais indicam que o objetivo fundamental do antitruste não é o incremento de eficiências, mas sim proteger os consumidores do mercado relevante de práticas que lhes retiram os benefícios da concorrência e transfere o seu bem-estar para empresas com poder de mercado[264].

Nesse contexto, Robert Lande defende que o antitruste deveria ter a perspectiva da "soberania do consumidor", que é a situação na qual o consumidor possui o poder de definir os seus próprios desejos e a oportunidades de satisfazê-los através de preços que não excedam significativamente os custos[265]. E a essência da soberania do consumidor seria o exercício da escolha, já que através dela é que os consumidores satisfazem os seus desejos e enviam os sinais de demanda para a economia. A proteção do direito de escolha do consumidor é, nesta

---

[263] LANDE, Robert H. The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust, *The Antitrust Bulletin* v. 33, p. 429-436, 1988. O autor faz referência às seguintes expressões constantemente utilizadas no debate, entendendo que elas estão muito mais vinculadas à proteção do excedente do consumidor do que com a tutela da eficiência: *"stealing", "robbery", "extortion","theft" and "stolen wealth"*.

[264] KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The Chicago School's foundation is flawed: antitrust protects consumers, not efficiency. In: PITOFSKY, Robert. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analy*sis *on U.S. Antitrust*. *Oxford: Oxford University*, 2008, p. 95-97.

[265] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumer Sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection Law. *Antirust Law Journal* v. 65, p. 713-746, 1997, p. 714. Tradução livre do original: "*the state of affairs in which the consumers are truly "sovereign," in the sense of having the power to define their own wants and the opportunity to satisfy those wants at prices not greatly in excess of the costs borne by the providers of the relevant goods and services"*

perspectiva, importante para o próprio funcionamento do mercado, e necessita para ser corretamente exercitada de dois itens essenciais: existência de opções no mercado e habilidade para escolher livremente entre elas.

O autor deixa claro, no entanto, que não defende seja vedada toda e qualquer redução no direito de escolha ou que sejam editadas normas criando artificialmente novas opções ou estabelecendo um número exato de alternativas que necessariamente devam existir. Assim, o que se busca tutelar é a não supressão artificial das opções que existem no mercado. E mesmo um meio artificial de restringir as opções – os atos de concentração – não são totalmente proibidos pelas leis antitruste, desde que tragam benefícios ao consumidor. Assim, o que se busca é a preservação de um **suficiente** (e não necessariamente perfeito) rol de opções para o consumidor exercer a sua escolha[266].

O artigo aduz ainda que as normas de proteção do consumidor também trazem importante contribuição para a tutela do direito de escolha, especialmente através da tutela do acesso à informação e a proteção do consumidor contra meios coercitivos e enganosos, em especial a publicidade. A determinação de informação assume capital importância, permitindo que faça escolhas livres e, na medida do possível, racionais.

Assim, não se trata da defesa da estrutura atomizada como um valor absoluto, a exemplo do que a *Warrem Court* preconizava. Não há, assim, uma perspectiva estrutural no sentido da existência de um nível ótimo de atomização que não poderia ser suprimido, mesmo que isso fosse mais benéfico para a economia e para o próprio consumidor. Trata-se sim de levar em consideração na análise antitruste de um padrão suficiente de escolha para o consumidor. Tanto que os autores entendem que a preservação do critério da escolha conduz a um ambiente que oferece os menores preços, a melhor qualidade e quantidade de produtos e o

---

[266] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumer Sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection Law, *op. cit.*, p. 214. Transcrevo a seguinte passagem: "*Thus, we do not simply require the maximum number of options. Antitrust law does not prevent all conduct or transactions that have the effect of reducing the number of options available to consumers. Nor does the law affirmatively require the creation of options. Rather, it prevents business conduct that artificially limits the natural range of options in the marketplace. Indeed, the law permits even some artificial reductions, such as some mergers, if the benefits of the action appear to outweigh the costs. Through these means, the antitrust laws aim to preserve a sufficient, although not a perfect, array of choices for consumers*".

mais alto grau de excedente do consumidor, conduzindo, inclusive a outros benefícios econômicos, dentre os quais a eficiência[267].

Finalmente, destaco artigo de Averitt e Lande no qual acentuam que as variáveis eficiência e preço não são suficientes por si só para esgotarem a análise antitruste, principalmente em situações em que não há competição em preços ou ela é muito pequena (ex: mercados regulados), bem como em setores nos quais o preço não é o principal fator concorrencial (ex: mercados de alta tecnologia)[268]. Defendem, assim, que tais elementos sejam necessariamente contemplados na análise de atos de concentração, já que o objetivo central do antitruste seria a proteção das opções que são significativamente importantes para o consumidor: preço, variedade, inovação e qualidade, como será acentuado no capítulo 4.

A perspectiva da *consumer choice* é convergente com a defendida no presente trabalho e alinha-se à concepção de que a concorrência não é um fim em si mesmo, devendo ser harmonizada com outros valores, dentro os quais, a defesa do consumidor. Neste contexto, o bem-estar do consumidor, para o qual o direito de escolha possui importância vital, é o elemento central que harmoniza as duas políticas (de defesa da concorrência e de proteção do consumidor).

3.2.1.5 A Escola de *Freiburg*

É inegável que um fator que contribuiu de modo direto para a expansão e consolidação do Nazismo na Alemanha foi o apoio político e financeiro dado pelos grandes grupos econômicos, especialmente aqueles que se engajavam em cartéis para angariar lucros extraordinários. Assim, a ordem econômica alemã na época do nazismo foi assentada fortemente na institucionalização dos cartéis, sendo a limitação à concorrência efetivada como política de Estado[269].

---

[267] *Ibidem*, p. 215. Transcrevo o original: "*As protected by these two principles, the exercise of consumer sovereignty should be beneficial to society in a number of concrete ways. It will support and lead to an efficient economic market. That, in turn, will tend to produce an environment offering the lowest prices, the best product quality and variety, the highest degree of consumer surplus, and all the other benefits of a competitive economy*".

[268] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the "consumer choice approach" to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, p. 175-264, 2007, p. 175.

[269] MARQUES, Maria Manuel Leitão. *50 anos de concorrência*. Disponível em: http://diarioeconomico.sapo.pt/edicion/diarioeconomico/opinion/columnistas/pt/desarrollo/1029720.html. Acesso em 12.12.2008.

Após o período da segunda guerra mundial consolidou-se na Alemanha a Escola de *Freiburg* ou ordoliberal, que possui este nome porque é por um lado liberal no sentido de centralizar na iniciativa privada e no mercado o aspecto mais importante da economia, entendendo que o Estado não deveria ser muito intervencionista. Por outro lado, a corrente destaca que o excesso de concentração econômica (e o consequente elevado poder econômico) também é deletério para a democracia como um todo e para o direito de escolha do consumidor em particular[270].

A Escola rejeita o Estado totalitário do nazismo e os postulados do socialismo, entendendo que a livre iniciativa é a melhor forma de condução da economia[271]. Reconhece a existência de falhas de mercado e preconiza a criação de uma ordem econômica que as remedie. Para isto, um dos pressupostos essenciais seria a existência de mercados eficientes e competitivos, já que a excessiva concentração de poder econômico conduz a uma restrição do poder de escolha do consumidor e a um desbalanceamento da economia[272].

Nesse sentido, postula que o mercado deve ser institucionalizado por uma "moldura constitucional", que proteja a concorrência de distorções, assegure que os benefícios do mercado sejam equitativamente distribuídos e atenue a intervenção governamental na economia[273].

Tal escola ressalta que a proteção ao consumidor seria uma consequência da liberdade de concorrência. Acentua, ainda, dois benefícios acarretados pela concorrência, que são essenciais para o efetivo funcionamento do mercado como mecanismo regulador da economia: a livre transmissão da informação e do conhecimento econômico por um lado e a liberdade de escolha do consumidor por outro[274].

As idéias ordoliberais influenciaram a edição de lei de proteção da concorrência na Alemanha. Assim, em 1947, o ministro da Economia Ludwig Erhard nomeou um grupo de

---

[270] MOSCHEL, Wernhard. The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy. *Journal of Institutional & Theoretical Economics*, p. 3-13, 2001.
[271] COSTA, Carla Guapo. *O modelo alemão e a "economia social de mercado" num contexto de globalização*. Disponível em: http://www.dpp.pt/pages/files/infor_inter_1999_II_I.pdf. Acesso em 14.12.2008.
[272] MOSCHEL, Wernhard, *op. cit., passim.*
[273] GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, n. 1, p. 25-84, 1994.
[274] SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial: as estruturas, op. cit.*, p. 27-29.

especialistas para elaborarem um projeto de lei sobre a proteção da concorrência, cuja discussão, no entanto, durou mais de dez anos, com intensos debates sobre quão extensa deveria ser a proibição a práticas anticoncorrenciais. Os ordoliberais, por exemplo, eram favoráveis a uma proibição absoluta aos cartéis, que viam como um ilícito *per se*. No entanto, houve uma solução de compromisso, em que foi estabelecida uma regra geral de proibição a cartéis, porém com diversas isenções[275]. Promulgou-se, então a *GWB* (lei contra os cartéis) que foi alterada várias vezes e teve decisiva influência na elaboração das normas e nas práticas de defesa da concorrência da Comunidade Européia[276].

3.2.1.6 A concorrência-instrumento na União Européia

A concepção de "concorrência-instrumento" permeia a aplicação das normas comunitárias de defesa da concorrência no âmbito da União Européia[277]. Com efeito, a concorrência é elencada como um dos instrumentos para atingir as principais finalidades da Comunidade Européia[278]. Assim, desde o início a política de defesa da concorrência foi utilizada de forma instrumental perseguindo, principalmente, o objetivo de integração comunitária[279].

Em primeiro lugar porque ela é considerada um instrumento essencial para a integração de mercados, pois auxilia sobremaneira a livre circulação de bens e serviços no mercado comum europeu. Com efeito, distorções da concorrência (como cartéis, abuso de posição dominante e subsídios estatais) dificultam tal circulação e atentam contra os objetivos de integração de mercados[280].

---

[275] MARQUES, Maria Manuel Leitão. *50 anos de concorrência, op. cit.*

[276] GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, n. 1, pp. 25-84, 1994.

[277] FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste, op. cit.*, p. 164.

[278] O Tratado de Roma dispõe que para atingir os fins descritos no art. 2º a ação da comunidade implica "um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno" (art. 3º, g), "o reforço da capacidade concorrencial da indústria da Comunidade" (art. 3º, l) e a adoção de uma política econômica "conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência" (art. 3º-A).

[279] GERBER, David J. *Law and competition in twentieth century in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 347. Reproduzo a seguinte afirmação do autor: *"the goal of a unified market dominated the processo f constructing the competition law system, because it was the central impetus for the new Europe"*.

[280] Tal objetivo fica ainda mais claro a partir da análise do elemento de conexão que permite a aplicação dos artigos do Tratado de Roma que tratam da defesa da concorrência. Assim, os artigos 81 e 82 somente se aplicam

Em segundo lugar, porque a concorrência não é um fim em si mesmo, mas um meio para atingir os objetivos do bloco e deve ser com eles harmonizada[281]. Dessa maneira, a defesa da concorrência não se presta a um único fim, mas a diversas metas, tais como a integração comunitária, a proteção dos consumidores, o desenvolvimento econômico e a competitividade das empresas européias[282].

Tal perspectiva instrumental fica clara ao se constatar que a livre concorrência e a proteção do consumidor são elencadas dentre os objetivos centrais da Comunidade Européia, ao lado de diversos outros fins com os quais devem ser harmonizadas[283].

Assim, foi estatuído que para a implementação da Comunidade Econômica Européia (e, posteriormente, da União Européia, tal como disposto no Tratado de *Maastricht*) seria essencial, de um lado, uma efetiva concorrência entre as empresas situadas nos Estados-membros, para o que deveriam ser afastadas todas as situações que a falseiem. Nesse contexto, fixou-se o entendimento de que os abusos de poder econômico seriam tão atentatórios à livre circulação de bens entre os países quanto as barreiras alfandegárias e os subsídios estatais.

Ao mesmo tempo, excepcionalmente poderiam ser admitidos sacrifícios à concorrência em prol de outros objetivos comunitários. Por exemplo, aumentar a competitividade mundial das empresas européias, ainda que para tanto fosse necessária a concentração e cooperação entre empresas dos Estados-membros[284]. Tal circunstância, inclusive, foi um dos motivos pelos quais se tardou a regulamentar a análise prévia dos atos de concentração com dimensão

---

se o acordo ou abuso de posição dominante for suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros do bloco econômico. Na ausência de tal elemento de conexão, prevalece a legislação interna de cada país, cabendo a análise da conduta à autoridade de defesa da concorrência nacional. Sobre o tema ver: CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência - Mercosul e União Européia*. Bauru: Manole, 2003, p. 49.

[281] Ver acórdão do Corte de Justiça Européia no Proc. 6/72, Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc, vs. CCE, 1973.

[282] FRISON-ROCHE, Marie-Anne. PAYET, Marie-Stéphane. *Droit de la Concurrance*. Paris: Dalloz, 2006.

[283] O art. 3º do Tratado de Roma estabelece em seus parágrafos as seguintes metas para alcançar os objetivos da Comunidade Européia: a) eliminação, entre os Estados-membros, dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas à importação de mercadorias, bem como de todas as medidas de efeito equivalente; g) estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum; l) o reforço da capacidade concorrencial da indústria da comunidade; s) uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores. Ademais, o art. 3º-A estabelece que as políticas econômica e cambial devem ser conduzidas de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.

[284] FRIGNANI, Aldo; WAELBROECK, Michel. *Disciplina della concorrenza nella CEE*. Napoli: Jovene, 1983, p. 7.

comunitária, o que somente ocorreu no final da década de oitenta, como será analisado no item 4.2.2 do capítulo 4.

Assim, se por um lado a concorrência não é um fim em si mesma, devendo ser compatibilizada com outros valores, por outro assume uma grande importância justamente para a implementação de tais valores, diante de seu notável papel para a integração entre os mercados e a proteção dos consumidores[285].

Tal importância é demonstrada não apenas pelo fato da menção à concorrência ser efetivada nos artigos que prescrevem os fundamentos e objetivos centrais da Comunidade Européia, como por haver dois artigos dedicados especificamente a traçar a moldura institucional da defesa da concorrência na Europa (os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma).

Nesse contexto, a proteção do consumidor é vista como um dos objetivos da política de defesa da concorrência, devendo, porém, ser ponderado com outros interesses.

3.2.1.7 A evolução da legislação brasileira de defesa da concorrência

A defesa da concorrência no Brasil tradicionalmente foi tratada de modo relacionado com a proteção dos consumidores, uma vez que desde a introdução do tema no ordenamento jurídico brasileiro houve a sua associação com a tutela da economia popular e a repressão ao abuso do poder econômico[286].

Do prisma constitucional, a Carta de 1934 foi a primeira a prever norma sobre a ordem econômica, a qual deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna, sendo garantida, dentro de tais limites, a liberdade econômica (art. 115). Determinou, ainda, em seu art. 117 que lei

---

[285] CAMPELLO, Dyle. *Direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[286] A análise da evolução normativa é importante para demonstrar o caráter dinâmico da execução da política econômica que pode sofrer variações de acordo com a moldura normativa estabelecida pela Constituição e com as concepções econômicas predominantes que forem compatíveis com tal moldura. Veremos que no caso brasileiro ela sempre foi tratada de modo relacionado com a repressão ao abuso do poder econômico, com a defesa da economia popular e com a proteção do consumidor.

promovesse o fomento da economia popular[287]. Havia a garantia da liberdade econômica, limitada pelo interesse social, permitindo-se relativa intervenção estatal, influência direta das preocupações trazidas a partir da Grande Depressão de 1929 que demonstraram a importância da presença do Estado na ordem econômica.

Por seu turno, a Constituição de 1937 estatuiu que a intervenção do Estado seria legítima caso fosse utilizada para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção a fim de evitar ou resolver os conflitos (art. 135). Assim, evidenciava um caráter supletivo para a intervenção estatal, em redação menos incisiva do que a da Constituição de 1934. O seu art. 141 estabeleceu, ainda, que a lei fomentasse a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais, equiparando os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição[288]. Assim, a Carta de 1937destacou maior importância à proteção da economia popular.

No campo infraconstitucional foi editado o Decreto-Lei nº 869/38 que introduziu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro normas de defesa da concorrência, como, por exemplo, a vedação ao açambarcamento de mercadorias, à fixação de preços mediante acordos, à imposição de exclusividade, à manipulação da oferta, à prática de preço abusivo e à venda abaixo do preço de custo[289]. Ele tinha nítido caráter repressivo e tratava, ademais, de outros assuntos, tais como a regulação de investimentos estrangeiros no país, possuindo pendor nacionalista.

Destaco, ainda, a edição do Decreto-Lei nº 1.716, de 28 de outubro de 1939 que dispunha sobre a configuração e julgamento dos crimes contra a economia popular.

Por influência do então Ministro da Justiça Agamenon Magalhães foi editado em 22 de junho de 1945 o Decreto-Lei nº 7.666, que dispunha sobre “atos contrários à ordem moral e econômica”. Foi a primeira lei dedicada exclusivamente à proteção do mercado e à repressão

---

[287] BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao34.htm>. Acesso em: 04 nov. 2008.

[288] BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao37.htm>. Acesso em: 04 nov. 2008.

[289] HUNGRIA, Nelson. *Dos Crimes contra a Economia Popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939. O autor foi quem redigiu o texto do decreto-lei, tendo se inspirado principalmente nos Códigos Penais da Argentina e Alemanha, além da jurisprudência dos EUA.

do abuso do poder econômico, sendo conhecida como “Lei Malaia”. A citada norma disciplinou a matéria de forma específica, sistemática, voltando-se de forma firme e direta contra o abuso do poder econômico, preconizando a intervenção do Estado para garantir a liberdade de concorrência entre os agentes econômicos. Apesar de manter o viés repressivo, tinha também a preocupação de estruturar um sistema administrativo de proteção da concorrência, tendo criado a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), que, no entanto, jamais foi efetivamente constituída.

O Decreto-Lei nº 7.666/45 surge num período de nacionalismo, de proteção do interesse nacional contra o poder estrangeiro. Era uma norma com caráter protecionista, nacionalista[290].

Entretanto, o diploma não foi aplicado, tendo vigorado por apenas três meses, pois em 1945 caiu o Governo de Getúlio Vargas e um dos primeiros atos do Governo Provisório foi a revogação da norma, através do Decreto-Lei nº 8.167, de 9 de Novembro de 1945.

Fica claro que o antitruste nasce no Brasil como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido principalmente a economia popular, ou seja, o consumidor[291]. Com efeito, ainda que não se empregasse a expressão “consumidor” (até porque à época não se utilizava corriqueiramente tal termo nos textos legais) resta óbvio que a repressão ao abuso do poder econômico o tinha como destinatário, pois a tutela da economia popular redundava em proteção do consumidor.

Por seu turno, a Constituição do Brasil de 1946 inaugura a previsão constitucional da repressão ao abuso do poder econômico. Com efeito, o seu artigo 148 estabeleceu expressamente que: “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua

---

[290] MAGALHÃES, Agamenon. Abuso de poder econômico. *Revista Forense*, v. 124 , p. 601-605, agosto de 1949. Transcrevo o seguinte trecho, às fls. 601, que deixa claro o seu viés nacionalista: “Se as Companhias de Comercio dos séculos XVI, XVII e XVIII dominaram os mares e as trocas no mundo, os trusts e cartéis controlam hoje a produção industrial e a sua distribuição em todos os mercados. A verdade é que devemos ser senhores das nossas matérias primas e das nossas riquezas minerais, mas senhores industrialmente, formando no Brasil um grande mercado de trabalho e de consumo”.

[291] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 106.

natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”[292].

Foi, então, promulgada a Lei dos crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521, de 1951), de nítida inspiração de proteção ao consumidor, que também possui preocupação com a concorrência, sobretudo em seu art. 3º que tipifica como crime a formação de cartéis ou associação cujo propósito seja impedir ou dificultar a livre concorrência [293].

Foi, ainda, editada a Lei nº 1.522, de 1951, que autorizava o Governo Federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

Como tais leis e o próprio Decreto-Lei nº 869, de 1938 eram endereçados à repressão do abuso de poder econômico, houve intenso debate se haveria a necessidade de edição de lei específica para a defesa da concorrência[294].

Tal discussão ganhou corpo em virtude de Agamenon Magalhães (desta feita na qualidade de Deputado) ter apresentado em 1948 um Projeto de Lei tratando especificamente da repressão ao abuso do poder econômico, tendo o seu autor deixado claro que entendia que os cartéis e outras formas de abuso de poder econômico prejudicavam o consumidor, motivo pelo qual deveriam ser reprimidos[295].

---

[292] BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao46.htm>. Acesso em: 04 nov. 2003.

[293] LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 80 afirma que: “Na esfera da legislação ordinária a proximidade entre defesa da concorrência e defesa do consumidor também é notada. A Lei de 1951definindo os crimes contra a economia popular pode ser lida tanto como um diploma de defesa do consumidor como de defesa da concorrência, já que seu art. 3º define o crime de formação de cartel ou associação cujo propósito seja suprimir ou dificultar a livre concorrência”.

[294] Assim, por exemplo, verificou-se posições contrárias em depoimentos de juristas feitos à Comissão Especial que a Câmara dos Deputados designou para apreciar o Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Agamenon Magalhães. O Professor Hermes Lima entendia que o conjunto dos diplomas dispensava uma lei específica para a repressão ao abuso do poder econômico. Já o Professor Nelson Hungria, responsável pela elaboração do anteprojeto de lei que redundou na Lei nº 1.521, de 1951, defendeu a tese da necessidade de uma lei específica. Ver, a propósito: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 9.

[295] MAGALHÃES, Agamenon. Abuso de poder econômico, *op. cit.*, p. 602. Transcrevo o seguinte trecho : “Há quem defenda os trusts e cartéis, justificando essas formas de concentração pela necessidade de uma melhor técnica de produção, que exige crédito e mercados, isto é, que exige lucros, lucros extraordinários, lucros certos. Não há dúvida de que a filosofia do capitalismo é o lucro, mas também não há dúvida de que esse lucro tem um limite, e esse limite é a capacidade aquisitiva do consumidor. Se as concentrações do poder industrial enriquecessem os chefes de empresa e também os consumidores, não havia problema. Os fatos, entretanto, demonstram precisamente o contrário. A produção em série e mais aperfeiçoada tecnicamente gerou o desemprego em massa e conseqüentemente, o empobrecimento dos consumidores”.

Houve intensa discussão no Congresso Nacional sobre o tema, mas o Projeto foi arquivado. No entanto, o filho de Agamenon, o Deputado Paulo Magalhães apresentou em 1956 um Projeto de Lei com idêntico teor, o que deu continuidade aos debates, inclusive com a formação de Comissão Especial que ficou célebre pela profundidade com que discutiu o tema. No entanto, apenas em 1961 o Projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados, tendo sido remetido ao Senado Federal em novembro de 1961, onde foi deliberado por diversas Comissões. Finalmente veio a ser promulgada a Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962, que disciplinava a repressão ao abuso do poder econômico, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Embora não se confunda com as leis já existentes (que, como visto, tratavam da repressão aos crimes contra a economia popular e da intervenção do Estado no domínio econômico) é nítida a sua relação com tais diplomas, pois todos versavam sobre o controle do abuso do poder econômico.

Na mesma época foram editadas as Leis Delegadas nº 2 e nº 5 de 26 de setembro de 1962 que dispunham sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

As três leis foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69 a qual, em seu art. 160 estabelecia que a ordem econômica possuía como finalidade a justiça social com base, entre outros princípios, na "repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros" (inc. V) [296].

No entanto, a Lei nº 4.137, de 1962, foi marcada pela sua pouca efetividade, em especial por: 1) haver políticas públicas de incentivo à concentração empresarial (sobretudo no âmbito dos Planos Nacionais de Desenvolvimento); 2) pela escalada inflacionária, que desorganizava a atividade econômica e; 3) pelo instrumento de controle de preços efetivado pelo Poder Executivo Federal, que acabava por incentivar práticas uniformes e concertadas entre as empresas.

No que tange às políticas concentracionistas, é importante mencionar sobretudo os Planos Nacionais de Desenvolvimento que preconizavam a concentração econômica em

[296] BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao46.htm>. Acesso em: 04 nov. 2003.

alguns setores. Foram, inclusive, criados diversos órgãos no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) com o intuito de incentivar a fusão e incorporação de empresas[297].

Nesse contexto, o II Plano Nacional de Desenvolvimento dentre outras perspectivas concentracionistas expressou a conveniência de fusões e incorporações para a criação de fortes estruturas empresariais. Para tanto, criou estímulos financeiros (através de linhas de crédito dos órgãos pertencentes ao BNDE) e fiscais em setores nos quais "a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em posição frágil perante o concorrente estrangeiro". O Plano previa, ainda, a formação de conglomerados nacionais, sobretudo no setor financeiro e industrial.

É interessante destacar que Paula Forgioni não vislumbra que a aparente contradição entre a política concentracionista e os dispositivos da legislação antitruste fosse a causa central da ineficácia da Lei nº 4.137, de 1962, por entender que, a princípio, ambas eram harmonizáveis. Para reforçar o seu argumento a autora salienta que o CADE procurou superar a aparente contradição através de um eficaz método de interpretação e aplicação do texto normativo no julgamento de diversos casos. Assim, por exemplo, o CADE interpretava que não poderia ser considerada ilícita aquisição aprovada pela Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE). Da mesma forma, sempre seria válida a fusão efetivada na defesa de interesses nacionais ou que estivesse em conformidade com as normas legais e regulamentares emanadas da Administração pública, em especial caso orientada para contemplar interesses da economia nacional, tal como ocorria na política de substituição de importações[298].

A posição da autora é coerente com a visão instrumental da defesa da concorrência, segunda a qual ela deve ser harmonizada com outras políticas públicas, dentre as quais a política industrial. Não obstante, também não há como negar que uma política deliberadamente concentracionista causa patentes dificuldades de aplicação das normas de defesa da concorrência, pois o seu escopo de atuação fica extremamente reduzido (justamente pela necessária tarefa de harmonizar o interesse protegido com as demais políticas públicas). Além disto, a total inclinação pelas grandes corporações auxilia a explicar a pequena

---

[297] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional. *Revista dos Mestrandos em direito econômico da UFBA*, v. 2, 1992, p. 70.
[298] FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste, op. cit.*, p. 129-130.

importância dada pelo Poder Executivo ao órgão aplicador da lei de defesa da concorrência refletida em sua fragilidade institucional. Com efeito, o CADE não era dotado dos recursos físicos, humanos e orçamentários adequados, precariedade que auxiliou a ineficácia da lei.

Motivo ainda mais forte para a ausência de efetividade da lei foi o fato de que durante um considerável período diversos setores da economia brasileira foram submetidos aos mais variados mecanismos de controle de preços, o que foi acentuado com a criação da Comissão Nacional de Estabilização de Preços (CONEP) que administrava a política de oferecimento de benefícios fiscais e de crédito às empresas que adotassem aumentos moderados de preços. A maior preocupação do órgão era a contenção da inflação, que atingia índices altos no período. O sistema teve uma adesão de empresas que respondiam por cerca de 70% das vendas no mercado interno[299]. Apesar da alta adesão, o governo brasileiro impôs a diversos setores da economia[300] o sistema compulsório, no qual todos os aumentos de preços deveriam ser previamente submetidos à análise e aprovação da CONEP[301]. Posteriormente, foi criada a Comissão Interministerial de Preços (CIP), que ampliou os setores abrangidos e tornou o controle ainda mais rigoroso: as empresas que desejassem aumentar os seus preços deveriam provar que os seus custos também tinham sido majorados. Foi estabelecido um detalhado e complexo mecanismo de controle pela CIP, que envolvia até mesmo ingerência administrativa nas empresas.

Um dos efeitos colaterais de tal sistema foi o de uniformizar condutas comerciais, além de conferir aos sindicatos e associações de classe empresariais a função de coordenação no processo de uniformização de preços[302].

---

[299] Ver, a propósito, CARNEIRO NETO. Dionísio D. Política de controle de preços industriais – perspectiva e análise institucional da experiência brasileira. *In:* IOEA/INPES. *Aspectos da participação do governo da economia*, série monográfica n. 26, p. 135-74, 1976.

[300] Dentre os quais, por exemplo, todo o setor de indústria manufatureira e boa parte do setor alimentício.

[301] Decreto nº 61.993, de 28 de dezembro de 1967.

[302] CONSIDERA, Cláudio; CORRÊA,Paulo. "*The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy", mimeo*, SEAE/MF, série documentos de trabalho nº 11. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab11.pdf. Acesso em 04.02.2009. Transcrevo os seguintes comentários dos autores: "(...) *o mecanismo de controle de preços empregado pela CIP não era apenas limitador da concorrência, em virtude da rigidez de mercado estabelecida. Era bem mais danoso. Em primeiro lugar, ele promovia concentração. Em segundo lugar, ele indicava liderança, sinalizando acordos tácitos, quando o preço controlado era exercido pela firma dominante. Em terceiro lugar, quando havia um acordo em um determinado setor, não havia necessidade de estabelecer cartéis, eles eram organizados com o incentivo do governo. A CIP agendava reuniões com associações e sindicatos, e, juntos, eles falavam sobre custos e fixação de preços*."

Na década de 80 os índices inflacionários foram atingindo patamares cada vez mais elevados, o que desorganizava a economia como um todo, inclusive, obviamente, as tentativas de controle de preços. Tal período não favorecia em nada a implementação de práticas de efetiva concorrência. Neste contexto, as associações de classe continuaram a articular as condutas de seus membros, bem como a intermediar os processos de negociação de preços, seja internamente, seja com os setores do Governo responsáveis pelo seu controle. A participação das associações de classe no processo de fixação de preços ficou tão enraizada que mesmo após a extinção do aludido controle de preços[303], diversas entidades de classe continuaram a portar-se como centro uniformizador de preços e outras condutas comerciais de seus associados, liderando diversos cartéis, o que lhes rendeu sucessivas condenações pelo CADE[304].

Aliado a tais fatores, houve ainda a circunstância de diversas decisões judiciais que, por aspectos formais, anularam a maior parte das decisões mais incisivas do CADE, colaborando, definitivamente, para a ausência de efetividade da lei de proteção da concorrência[305].

Assim, os consumidores padeciam com a ausência de uma legislação específica para a sua proteção, bem como pela inefetividade da lei de defesa da concorrência. As medidas que o Estado lançava mão para a proteção do consumidor eram as relacionadas com as leis de proteção à economia popular, de caráter interventivo e repressivo, bem como o controle de preços, que, além de trazer distorções concorrenciais não se revelaram muito eficazes para atingir os objetivos visados (controle da inflação e contenção do abuso de poder econômico)[306].

---

[303] Com efeito, na década de 90 iniciou-se o progressivo abandono do regime de controle de preços, iniciado com a extinção da CIP e com a liberação da maioria dos setores da economia para livremente adotarem os preços que entenderem pertinentes, em regime de livre concorrência.

[304] Ver, a propósito: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Bem-estar dos consumidores e repressão a cartéis liderados por associações e sindicatos. *Revista de Direito do Consumidor* n. 51, pp. 13-33, 2004.

[305] FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste, op. cit.*, p. 127 e FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*, p. 156.

[306] Ver, a propósito, DA MATA, Milton. Controle de preços na economia brasileira: aspectos institucionais e resultados. *Pesquisa e planejamento Econômico*, v. 10, n. 3, dezembro de 1980, p. 948. O autor, inclusive, aduz que o controle de preços, além de trazer inúmeros efeitos colaterais deletérios, não impedia a espiral inflacionária. Inclusive, os aumentos dos preços dos setores controlados eram muito semelhantes aos dos setores não controlados.

O quadro, no entanto, mudou significativamente no final do século passado, com a construção de um novo quadro normativo e institucional, inaugurado com a edição da Constituição de 1988 que expressamente estabeleceu o princípio da livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e defesa do consumidor, que devem ser interpretados de maneira integrada, com as consequências já estudadas no capítulo 1.

Na década de 90 foram editadas leis de proteção do consumidor e da defesa da concorrência, dentro da concepção de que para alcançar os objetivos de estabilizar preços, reprimir abuso de poder econômico e proteger o consumidor era mais adequado editar leis específicas com tal fim, ao invés de insistir no controle de preços, técnica que se revelou falha e insuficiente ao longo dos diversos anos em que foi utilizada. E desde o início concebeu-se a complementaridade entre as legislações, em harmonia com a Constituição Federal.

No início da década de noventa é promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), com as características já delineadas no item 2.1 do presente capítulo.

Em 1991 é promulgada a Lei nº 8.158, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico e introduziu modificações na Lei nº 4.137 de 1962, sem revogá-la, havendo a coexistência de duas leis de proteção à concorrência. A função da SNDE era de "apurar e propor medidas para corrigir as anomalias de comportamento dos setores econômicos que pudessem perturbar ou afetar, direta ou indiretamente a formação de preços, a livre iniciativa, a liberdade de iniciativa ou aos princípios constitucionais da ordem econômica" (art. 1º). A intenção da Lei era sobretudo conferir maior celeridade às decisões do CADE, bem como estabelecer uma melhor estruturação administrativa, além de prever medidas cautelares e conferir extensos poderes à Secretaria Nacional de Direito Econômico[307].

No entanto, embora tenha havido surtos de uma aplicação técnica da defesa da concorrência, predominou no período o uso distorcido da lei, funcionando como um instrumento do governo para retalhar e ameaçar diversos setores da economia que promovessem aumento de preços[308]. Aliás, em alguns casos o papel da SNDE era paradoxal: vigiar o cumprimento de acordos de reajuste de preços efetivado entre o Governo e empresas de uma das 51 Câmaras setoriais criadas. Ou seja, o Governo não apenas facilitava o

[307] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*, p. 71.
[308] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, *op. cit.*, p. 133.

estabelecimento de um cartel como ainda determinava que um órgão público vigiasse a coesão do conluio[309].

Assim, houve consenso na necessidade de edição de uma nova norma, principalmente após a implementação do Plano Real e o consequente abandono do sistema abrangente de controle de preços[310]. Foi, então, promulgada a Lei nº 8.884, de 1994, que ao contrário das experiências anteriores, logrou alcançar efetividade.

No capítulo 2 enumerei todos os artigos que fazem referência à expressão consumidor na Lei nº 8.884, de 1994. Volto a mencioná-las com o intuito de demonstrar que o legislador brasileiro incluiu a proteção do consumidor entre os objetivos da política de defesa da concorrência.

Em primeiro lugar merece destaque o fato do art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.884, de 1994, haver expressamente incluído a defesa do consumidor dentre os seus princípios orientadores[311]. Tal perspectiva guarda inteira coerência com os ditames constitucionais que determinam a harmonização entre os princípios da livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e a defesa do consumidor.

Merece relevo o fato do parágrafo único do art. 1º determinar que a coletividade é a titular dos interesses protegidos pela Lei nº 8.884, de 1994, o que expressa a preocupação do legislador em demarcar o caráter difuso dos direitos nela previstos. Tal assertiva fica mais clara a partir da análise das características dos direitos difusos, às quais se encaixa perfeitamente a livre concorrência. Com efeito, os interesses ou direitos difusos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato (art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor).

---

[309] Ver, a propósito, as contundentes críticas de FARINA, Elizabeth M. M. Q. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política*, v. 14, n. 3, p. 78-93, julho-setembro de 1994, p. 92.

[310] Ver, a respeito, o parecer do relator do Projeto de Lei que deu ensejo à Lei nº 8.884, de 1994 no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 8 de Junho de 1994, p. 8.996..

[311] Estabelece o aludido artigo que: "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."

Assim, seus titulares são indeterminados (que seria, assim, a sociedade como um todo), sem que exista base jurídica que os interligue.[312]

O direito à livre concorrência possui, sem dúvida, as características de um direito difuso. É o exemplo de uma empresa que tinha dois concorrentes em um determinado mercado e tenha praticado a conduta de preço predatório e com isso eliminou-os do mercado. O direito difuso foi lesado, pois a sociedade viu restringida a concorrência, o que, em longo prazo deverá redundar em aumento de preço, diminuição da quantidade e da qualidade dos produtos, além da anulação da possibilidade de escolha do consumidor. Haverá ainda piora na alocação dos recursos produtivos, já que, provavelmente a empresa, agora monopolista, não terá incentivos para reaplicar grande parcela do lucro na melhora do processo produtivo, em virtude da ausência de concorrência. Haverá ainda, muito provavelmente, a diminuição do nível de emprego, entre outras conseqüências. Assim, a sociedade como um todo foi lesada, reforçando o caráter difuso dos interesses tutelados pela lei de proteção da concorrência.

Tal conclusão é reforçada pela circunstância do art. 1º, VI da Lei nº Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 ter estabelecido a expressa possibilidade de ser proposta ação civil pública em decorrência de “infração da ordem econômica e da economia popular”.

Trata-se, aliás, de circunstância que aproxima as esferas da defesa da concorrência e da proteção dos consumidores, já que ambas possuem características de direitos difusos, prevendo, assim, a tutela por intermédio de ação civil pública. Ademais, ambas permitem também a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos que venham a ser violados.

Com efeito, uma determinada conduta pode lesionar direitos de ordem individual, difusa e coletiva[313]. Tal assertiva fica bastante clara tratando-se de direito da concorrência, uma vez que uma conduta pode lesioná-la em sua dimensão difusa e, ao mesmo tempo, trazer prejuízos à esfera individual de várias pessoas. No exemplo dado, a conduta de preço predatório ao excluir concorrentes trouxe prejuízos à sociedade como um todo (aspecto difuso) e também aos consumidores que passaram a pagar um preço maior pelo produto e tiveram o

---

[312] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 149. A autora assim define os interesses difusos: "aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, baseiam-se sobre dados de fato, genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis : como habitar na mesma região, consumir iguais produtos, viver em determinadas circunstâncias sócio-econômicas, submeter-se a particulares empreendimentos.".

[313] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 255.

seu âmbito de escolha diminuído (aspecto individual homogêneo). Assim, a mesma conduta lesionou a dimensão difusa e individual, permitindo a utilização de tanto de ação civil pública como de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos[314], tema, aliás, tratado no capítulo 5.

Ressalto, ainda, que duas normas aludem à proteção do consumidor ao tratarem das sanções por infrações contra a ordem econômica. Em primeiro lugar, o art. 24, III, Lei nº 8.884, de 1994, inclui entre as sanções por infração contra a ordem econômica a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa dos Consumidores. No entanto, mais contundente é o inciso VI do art. 27 da mesma lei, que inclui a lesão aos consumidores entre as circunstâncias que devem ser levadas em consideração na dosimetria da sanção aplicada por infração contra a ordem econômica. Assim, o fato de determinada infração contra a ordem econômica ter causado lesão aos consumidores importa em agravante para os fins de cálculo da sanção pecuniária aplicável. Trata-se de importante norma, na medida em que auxilia a repressão a condutas que infringem a lei de defesa da concorrência e lesionam os consumidores.

Cumpre realçar a observação efetivada ao final do capítulo 2 de que, para os fins da imposição da agravante, considera-se consumidor o destinatário final econômico do produto ou serviço constante do mercado relevante atingido pela conduta anticoncorrencial. Assim, cabe ao CADE o ônus de demonstrar que, dentre os agentes econômicos que foram vítimas dos efeitos da conduta, também se encontram integrantes da categoria dos consumidores. No entanto, normalmente haverá consumidores dentre os agentes econômicos atingidos pela conduta anticoncorrencial, o que não acarretará maior complexidade na análise feita pelo órgão no respectivo processo administrativo.

Há um importante precedente do CADE em que a sanção pecuniária foi agravada em virtude da comprovação de lesão aos consumidores, aplicando-se, assim, o art. 27, VII, da Lei

---

[314] É necessário ressaltar que Calixto Salomão discorda parcialmente da linha aqui desenvolvida. O autor enquadra a proteção da concorrência na categoria de interesse institucional, que seria uma nova denominação para interesses difusos. Destaca que os interesses institucionais possuem como principal característica serem jurídica e economicamente destacáveis do interesse individual. Juridicamente na medida em que o ordenamento confere-lhes instrumentos especiais de tutela. Economicamente no sentido de que representam uma utilidade para a coletividade que não se confunde com a utilidade individual (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas, op. cit.*, p. 69-70).

nº 8.884, de 1994. Tratou-se de processo administrativo[315] instaurado contra empresas distribuidoras de gás, constatando o CADE a efetiva prática de formação de cartel no mercado de revenda de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), em botijões de 13 Kg na cidade satélite de São Sebastião, no Distrito Federal, no ano de 2000. O órgão judicante entendeu configurada infração contra a ordem econômica, enquadrando a conduta das representadas no art. 20, incisos I e III c/c o art. 21, incisos I, II e XXIV da Lei n° 8.884, de 1994.

Inicialmente, o relator havia votado pela imposição de pena correspondente a 1% do faturamento bruto das representadas. Entretanto, houve voto dissidente, que foi seguido pela maioria do Plenário do CADE, majorando a multa para o patamar de 15% do faturamento bruto das empresas que participaram do cartel. Os fatores utilizados para aumentar a sanção foram a essencialidade do produto, o longo tempo de duração do cartel e o fato do mercado relevante geográfico do cartel ser uma região de baixa renda. Neste caso estava patente que dentre os adquirentes de gás de cozinha havia consumidores, ou seja, todos os que utilizam o produto em sua residência, caracterizando-se, assim, como destinatários finais econômicos do produto em questão. Diante de tais circunstâncias o Plenário do CADE entendeu presentes as circunstâncias agravantes dos incisos I (gravidade da infração) e VII (alto grau de lesão aos consumidores) do art. 27 da Lei nº 8.884, de 1994, majorando a pena imposta aos membros do cartel[316].

Por seu turno, o art. 29 da Lei nº 8.884, de 1994 estabelece que os órgãos referidos no art. 82 do CDC são legitimados para a propositura de ação coletiva para reparação de danos ou cessação de prática infrativa, matéria que será discutida no Capítulo 5.

---

[315] PA nº 08012.004860/2000-01 - Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Reproduzo, a propósito, a ementa do julgamento:" Processo Administrativo. Cartel. Mercado relevante do produto:GLP em botijões de 13 Kg. Mercado relevante geográfico: cidade satélite de São Sebastião/DF. Práticas de condutas restritivas à ordem econômica. Caracterização de condutas elencadas no art. 20, I e III c/c art. 21, I, II, XXIV da Lei n.º 8.884/94 - limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, aumentar arbitrariamente os lucros; fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços condições de venda de bens ou de prestação de serviços e impor excessivos preços, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. Pareceres da SDE/MJ, ProCADE e MPF opinando pela condenação dos Representados. Imposição de multa nos termos dos art. 23, I e II e 24 da Lei 8.884/94".

[316] Por maioria de votos foi determinada a aplicação de multa, para cada uma das pessoas jurídicas representadas, no valor de 15% (quinze por cento) sobre o valor do faturamento bruto referente a 2002 (exercício anterior ao da instauração do processo administrativo), além de aplicação de multa, por unanimidade, às pessoas físicas representadas, de 10% (dez por cento) do valor da multa aplicada às respectivas empresas. Voto vista do Conselheiro Luiz Carlos Prado disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000008048.pdf. Acesso em 4.2.2009.

No entanto, os dispositivos de maior impacto são os §§ 1º e 2º do art. 54, os quais estabelecem que a análise de atos de concentração deva levar em consideração os interesses dos consumidores dos produtos ou serviços relacionados com o mercado relevante atingido. Tais dispositivos não permitem a aprovação de um ato de concentração que restrinja a concorrência mas seja apto a produzir eficiências econômicas, caso tais benefícios não possam ser distribuídos aos consumidores. O tema será aprofundado no capítulo 4, bastando, por enquanto, destacar que o fato do legislador brasileiro expressamente ter amparado o critério da preservação do excedente do consumidor na análise das eficiências de um ato de concentração demonstra que efetivamente a proteção do consumidor foi incluída como um dos objetivos da política de defesa da concorrência no Brasil.

Há, assim, tanto substrato teórico quanto fundamento constitucional e legal para incluir a proteção do consumidor como um dos objetivos da defesa da concorrência. Incide, no entanto, importante questão a elucidar: tal proteção seria um objetivo direto ou indireto da lei de defesa da concorrência? É o que passo a discutir no próximo item.

3.3 Proteção do consumidor: objetivo direto ou indireto da política de defesa da concorrência?

Herman Benjamin traça uma interessante distinção entre as leis que incidem no mercado de consumo. Destaca, por um lado, a existência de leis de implicação no consumo que são as que amparam o consumidor pela via transversa, produzindo efeitos por ação indireta e reflexa. É o exemplo das leis que regem as relações comerciais ou civis. Por outro lado, há as leis de proteção do consumidor que agem diretamente sobre a relação de consumo, amparando o consumidor por atuação direcionada, direta, e funcional, através do reconhecimento do consumidor pelo legislador como parte vulnerável, protegendo-o como tal [317]. Tais leis são executadas no âmbito da Política Nacional de Defesa do Consumidor, por meio dos órgãos componentes do respectivo Sistema.

---

[317] BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. O Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 7, p. 269-292, jul./set. 1993. p. 274.

A lei de defesa da concorrência, na minha visão, é uma espécie intermediária que, mesmo sem efetivar a proteção direta, possui uma relação íntima com o bem-estar do consumidor. É, assim, uma lei de implicação mais incisiva na esfera do consumo.

Nesse contexto, embora as normas de defesa da concorrência não regulem a relação de consumo e não procedam a uma defesa direta do consumidor, tutelam interesses essenciais dos consumidores, uma vez que sua aplicação redunda em preços competitivos (e mais baixos do que aqueles praticados em situações sem concorrência efetiva), alternativas de escolha e melhores padrões de qualidade e inovação.

Em sentido análogo, Herbert Hovenkamp, estudando os objetivos da política de defesa da concorrência nos Estados Unidos, analisa a diferenciação entre proteção do consumidor e bem-estar do consumidor. Sustenta, por um lado, ser comum a afirmação de que a política antitruste não efetiva a proteção direta do consumidor, tarefa pertencente à política de defesa do consumidor. No entanto, por outro lado, diversas correntes e autores posicionam-se no sentido de que a tutela do bem-estar é um dos principais objetivos das normas de defesa da concorrência. A aparente contradição entre as duas afirmações seria resolvida através da distinção entre o "bem-estar do consumidor", que é alcançado através da maximização do excedente do consumidor e com o controle da monopolização e a "proteção do consumidor", entendida como o conjunto de normas que defendem o consumidor de fraudes, publicidades enganosas e outras práticas abusivas. Neste contexto e com tais precisões conceituais, seria possível afirmar que embora a política de defesa da concorrência inclua dentre os seus objetivos a tutela do bem-estar do consumidor, não efetiva a proteção direta do consumidor[318].

A importância da defesa da concorrência para o bem-estar do consumidor resta mais evidente a partir da constatação de que vulnerabilidade do consumidor, que já ocorre em toda relação de consumo, fica particularmente agravada nas hipóteses em que se defronta com fornecedores que detém posição dominante em mercados concentrados, sobretudo em se

---

[318] HOVENKAMP, Herbert. *United States Antitrust Law: Implementation of its Varied Goals. In:* EHLERMAN, C.D.; LAUDATI, L.L. *European Competition Law Annual 1997: Objectives of competition policy.* Oxford: Oxford, 1998, p. 426. Transcrevo o original: "*United States law has generally distinguished sharply between competition policy and consumer protection policy, and does not see "consumer protection" as defined in our laws as a general antitrust goal. To be sure, there is more than a little ambiguity here, for consumer welfare is often stated to be the paramount antitrust goal. Nevertheless, antitrust generally uses consumer welfare in the technical sense relating to the maximizing of consumers' surplus and control of monopoly, while it uses the term "consumer protection" to deal with such issues as fraud, false and misleading advertising, collection practices, and the like*".

tratando de oligopólios ou monopólios naturais. Em tais hipóteses o consumidor possui restritas possibilidades de escolha (ou nenhuma, caso se trate de monopólio), estando mais sujeito a submeter-se a práticas ou cláusulas abusivas[319]. Por seu turno o fornecedor, vendo-se com menor pressão competitiva, possui incentivos maiores a praticar abusos contra o consumidor, já que esse terá menor resistência a tais condutas, diante da reduzida (ou ausência de) alternativa para a eventual troca de fornecedor.

Tal assertiva é corroborada com a análise das empresas e setores líderes dos cadastros de reclamações dos órgãos de defesa dos consumidores. Reproduzo, a propósito, quadro da Fundação PROCON do Estado de São Paulo, que elenca as vinte empresas mais reclamadas no ano de 2008:

CADASTRO DE RECLAMAÇÕES FUNDAMENTADAS – EXERCÍCIO 2008
RANKING GERAL (20 mais reclamadas)

	Fornecedor	Atendidas	Não Atendidas	Total	%
1º	TELEFONICA	2974	641	3.615	13,03
2º	BANCO ITAU	828	758	1.586	5,72
3º	TIM CELULAR	466	426	892	3,21
4º	UNIBANCO	444	329	773	2,79
5º	BRASIL TELECOM	476	282	758	2,73
6º	EMBRATEL /	625	67	692	2,49
7º	GRADIENTE / PHILCO	83	605	688	2,48
8º	BRADESCO	262	394	656	2,36
9º	ELETROPAULO METROPOLITANA	423	151	574	2,07
10º	SONY ERICSSON	449	82	531	1,91
11º	C&A MODAS	241	286	527	1,90
12º	LG ELETRONICS	441	82	523	1,88
13º	VIVO	387	124	511	1,84
14º	SANTANDER	103	376	479	1,73
15º	NOKIA	348	119	467	1,68
16º	CREDICARD CITI	224	204	428	1,54
17º	CASAS BAHIA	262	121	383	1,38
18º	BANCO PANAMERICANO	88	281	369	1,33
19º	CLARO	239	105	344	1,24
20º	BENQ / SIEMENS	4	301	305	1,10

Fonte: Fundação PROCON do Estado de São Paulo.

Reproduzo, ademais, quadro com os vinte setores mais reclamados no ano de 2008 junto à Fundação PROCON do Estado de São Paulo:

[319] SAYEG, Ricardo Rasson. *Práticas comerciais abusivas*, São Paulo: Edipro, 1995, p. 75.

1	Serviço de Telefonia Fixa	48.264
2	Banco Comercial	20.079
3	Cartão de Crédito	19.894
4	Aparelho de Telefone (celular e convencional)	18.299
5	Serviço de Telefonia Celular	13.013
6	Plano de saúde e plano odontológico	8.896
7	Móveis	8.059
8	Financeira	7.666
9	TV por Assinatura	7.447
10	Carro Usado	7.046
11	Microcomputador / Produto de Informática	6.795
12	Provedor de Acesso a Internet	6.723
13	Energia Elétrica	6.130
14	Escola (Pré, 1º, 2º Graus e Superior)	4.981
15	Água e Esgoto	3.549
16	Televisão / Vídeo Cassete / Filmadora / Video-Laser	2.742
17	Cartão de Loja	2.705
18	Cursos Livres	2.548
19	Curso de Informática	2.500
20	Vestuário	2.415

Fonte: SIGA - Relatório de Área, Assunto e Problema - agrupamento: Assunto

Verifica-se assim que as empresas mais reclamadas pertencem, em geral, a setores marcados pela estrutura oligopolizada. Com efeito, no Estado de São Paulo o setor mais reclamado é o de telefonia fixa, que é um duopólio. Em segundo lugar aparece a telefonia móvel, em que há um oligopólio com cinco empresas. Outro setor de destaque é o de serviços financeiros, em que atualmente há cinco grandes conglomerados. Nota-se ainda que a segunda empresa mais reclamada pertence ao segmento da transmissão de energia elétrica, que é um monopólio natural. Ademais, as empresas que lideram o ranking, além de pertencerem a setores concentrados, apresentam nítida e inconteste posição dominante no mercado em que atuam.

Os dados demonstram que empresas componentes de mercados com estrutura concentrada são mais propícias a efetivarem práticas abusivas contra os consumidores, tendo, ainda, menor interesse em resolvê-los, o que obriga os consumidores a recorrer a órgãos estatais para solucionar os seus conflitos com tais poderosos fornecedores. Assim, a atividade de intervenção do Estado para a mediação e solução de conflitos de consumo é mais intensa

nos setores concentrados do que nos desconcentrados, como demonstram os quadros transcritos.

Assevere-se, inclusive, que o Decreto Federal nº 6.523, de 31 de Julho de 2008, estabeleceu rigorosas regras disciplinadoras do Serviço de Atendimento ao Consumidor das empresas fornecedoras de serviços regulados pelo Poder Público Federal. São setores majoritariamente marcados por forte concentração econômica e que apresentam os maiores índices de reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor. Assim, o Poder Executivo Federal apercebeu-se que tais setores necessitavam de uma normatização específica para prestar melhor atendimento aos seus consumidores, já que eles não o faziam de forma voluntária.

Tais exemplos reforçam a constatação da importância da concorrência para o consumidor e o quão importante é ter uma constante supervisão sobre os setores concentrados, tanto pelas autoridades de defesa da concorrência como pelos órgãos de defesa do consumidor.

A capacidade de impor práticas e cláusulas abusivas de forma sistemática a um elevado número de consumidores (e não de maneira isolada a um ou outro consumidor) é um indício da existência de posição dominante. Obviamente, tal fator, isoladamente, não é suficiente para a conclusão sobre a incidência de poder de mercado, não havendo, portanto, como prescindir dos demais elementos tradicionalmente utilizados para a análise da sua presença (tais como, por exemplo, a medição da participação de mercado, do grau de rivalidade e da eventual incidência de dependência econômica[320]).

Com efeito, a mera existência de uma prática abusiva do fornecedor em detrimento do consumidor não é suficiente para configurar uma infração contra a ordem econômica. Faz-se necessária a demonstração da possibilidade da conduta gerar os efeitos listados nos quatro incisos do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, para o que é essencial a presença de poder de mercado.

Porém, se a capacidade de uma empresa impor à parcela significativa de seus consumidores práticas ou cláusulas abusivas não é uma condição suficiente para a conclusão

[320] Sobre dependência econômica ver FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, *passim*.

sobre a presença de posição dominante, ela é um indício e constitui-se, desse modo, em importante elemento a ser levado em consideração.

Assim, se por um lado a política de defesa da concorrência traz efeitos positivos para o consumidor, ela não atua diretamente na relação de consumo, não sendo apta a adjudicar direitos aos consumidores individuais. Com efeito, a defesa da concorrência tem um escopo difuso, já que a coletividade é a titular dos interesses protegidos, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.884, de 1994. Portanto, o sujeito da proteção é o consumidor em abstrato[321], havendo uma preocupação com a estrutura concorrencial do mercado e não com a relação de consumo[322]. Em outras palavras, não é um consumidor individual em concreto que é sujeito de proteção, mas sim o bem-estar da coletividade dos consumidores.

Portanto, a política de defesa da concorrência não se presta à solução de conflitos individuais. Eventuais práticas abusivas cometidas contra os consumidores somente serão reprimidas caso possam ter efeitos sobre a concorrência em geral. Deste modo, a política de defesa da concorrência não é apta a adjudicar direitos aos consumidores ou a reprimir condutas que afetem os seus interesses, mas não tenham o potencial de produzir efeitos sobre a concorrência.

A jurisprudência do CADE inclina-se no sentido de que a proteção do consumidor é um objetivo indireto da lei de defesa da concorrência que, desse modo, não protege consumidores individualmente lesados, apenas podendo sancionar condutas caso elas tenham efeitos anticoncorrenciais. Há um caso ilustrativo deste posicionamento: o julgamento de

---

[321] LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, pp. 86-87 traz as lições da filosofia do direito para explicar a diferença de perspectiva na proteção do consumidor na lei concorrencial e na lei consumerista: "O consumidor que busca exclusivamente a sua satisfação em relações determinadas e específicas de consumo (contratuais ou não) vai buscar a proteção em primeiro lugar do direito do consumidor e os órgãos privilegiados para isso são os juízos civis e criminais do Poder Judiciário. O consumidor aí é sobretudo o indivíduo concreto. Mas no caso do direito da concorrência o consumidor é um pouco como o cidadão de Rousseau ou sujeito transcendental racional de Kant. Ele não é alguém em particular, mas uma figura hipotética. No Cade ele não vai obter uma satisfação imediata, mas apenas o instrumento para futuras satisfações, ou seja, vai obter a manutenção de um ambiente que se acredita (sim, acreditar no mercado é um ato de fé, ao fim e ao cabo) possa vir a ser-lhe favorável, por garantir eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes, alternativas".

[322] FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1999, p.65 aduz que: "A lei de defesa da concorrência tem como objetivo imediato a lisura das relações negociais entre os agentes econômicos, de molde a prevenir ou punir abusos em detrimento do livre mercado e da sadia concorrência entre eles; seu fim mediato e último, porém, é a defesa do consumidor, destinatário de tudo o que se produz em matéria de bens e serviços".

processo[323] em face de hospital que reajustou os valores de seus serviços em desconformidade com a legislação que estabeleceu a conversão de URV em Real (Lei nº 8.880, de 1994). O CADE verificou a ausência de posição dominante do hospital representado, entendendo ser impossível que a sua conduta pudesse surtir, ainda que potencialmente, os efeitos listados nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994. Assim, arquivou o processo, mas determinou remessa de cópia dos autos ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) para tomar as providências cabíveis em face das possíveis violações ao CDC e à Lei nº 8.880, de 1994.

Há, ainda, interessante precedente do CADE em julgamento de processo administrativo instaurado em virtude de representação feita por escritório de advocacia que alegou abusividade em cláusula de contrato de locação de máquina reprográfica. O dispositivo contratual estipulava que o reajuste do preço dar-se-ía de acordo com a variação dos custos da locadora, que eram sempre superiores à variação da inflação. Neste caso, havia precedentes do Poder Judiciário julgando nula tal cláusula em razão de seu caráter potestativo e a própria representada firmou um Termo de Ajuste de Conduta com o Ministério Público para a modificação da cláusula. O CADE, por seu turno salientou que não seria atribuição sua analisar a cláusula do ponto de vista individual, ou seja, investigar se ela desequilibrava a relação contratual. O voto condutor do acórdão afirmou que o CADE não poderia adjudicar relações contratuais entre consumidores e fornecedores. Assim, mesmo que houvesse uma cláusula potestativa (e, dessa maneira, ilícita no âmbito do direito do consumidor), ela não incorria em automática violação da legislação concorrencial. Foi destacado que o Conselho não poderia julgar o ato isoladamente, mas sim os seus efeitos gerais no mercado[324].

No entanto, foi ressaltado que o CADE poderia analisar os eventuais efeitos concorrenciais da cláusula caso a sua imposição derivasse de abuso de posição dominante, conduta tipificada no art. 20, IV da Lei nº 8.884, de 1994. Assim, a investigação não seria apenas sobre a eventual abusividade da cláusula, mas também se a empresa detinha poder de mercado e se a imposição do preço abusivo seria capaz de gerar os efeitos listados nos quatro

---

[323] PA nº 08000.014991/1996-44 - Rel. Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho.

[324] Processo administrativo nº. 46/92. Representante: Farina e Fraga Advogados - Representado: Xerox do Brasil - Rel. Lúcia Helena Salgado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/jur_p46.htm>. Acesso em 04.11. 2008.

incisos do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994[325]. No caso concreto o CADE entendeu que não havia nos autos indícios conclusivos da existência dos requisitos necessários para configurar a infração, arquivando o processo[326].

Outro bom exemplo da jurisprudência do CADE foi o julgamento de processo administrativo instaurado em razão de representação de um consumidor individual que estava tentando comprar dois exemplares do mesmo livro pelo preço estipulado para as vendas por atacado e não para a venda a varejo ao consumidor (que era mais elevado). É óbvio que o consumidor tem interesse em comprar os produtos pelo menor preço possível. Porém, o acesso do consumidor ao produto é diferente do acesso dos distribuidores ou comerciantes aos mesmos bens, motivo pelo qual é lícita a discriminação de preços em aquisições no varejo e no atacado.

Analisando o caso sob a perspectiva do direito da concorrência, o CADE concentrou-se nos efeitos da fixação do preço como prática anticoncorrencial, já que a empresa estipulava valor sugerido de capa. O Conselho não investigou se o consumidor havia sido impedido de comprar o livro pelo preço mais baixo, já que entendeu que, além de não poder adjudicar conflitos individuais, seria lícito e racional discriminar entre o preço de atacado e de varejo. O foco da análise do CADE foi se a fixação do preço seria uma prática que impediria, no caso concreto, a concorrência entre os revendedores. Na hipótese analisada ficou provado que as distribuidoras e livrarias adotavam livremente políticas de descontos sobre o preço de capa, sem qualquer fiscalização ou punição por parte da editora, que, desse modo, não impunha preços de revenda, apenas sugerindo o preço máximo (e não o mínimo) a ser praticado. Por não ter ficado provada a ocorrência de efeitos sobre a concorrência, o processo foi arquivado[327].

---

[325] Ibidem. O voto condutor destacou que: "(...) a) é preciso saber se o indiciado tem uma posição no mercado que interfira na competição; b) é preciso investigar se o efeito da prática contestada é eliminar ou limitar a competição".

[326] LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 82 destaca que: "O caso tem importância pelos argumentos de justificação. A rigor, a decisão fundamenta-se na impossibilidade empírica de avaliar a abusividade da prática. Mas deixa aberta, como regra, a seguinte linha de raciocínio: um contrato privado pode dar origem a um caso e pode ser objeto de investigação pelo Cade ; também esclarece que o interesse do consumidor individualmente considerado não é objeto de decisão do Conselho, mas que a lesão de um consumidor pode ser a evidência de uma prática abusiva, cujos efeitos gerais (ou universais) sobre o mercado denotam o abuso de posição dominante".

[327] PA 08000.018299/96-86. Representante: Ana Tereza Sotero Duarte. Representado: Livraria Eldorado Brasília Ltda. e Editora Ática S/A. Disponível em: http://www.cade.gov.br/j_eldorado.htm. Acesso em 04.11.2008.

O CADE também já se manifestou no sentido de que a mera utilização de contratos de adesão não configura, por si só, infração contra a ordem econômica. Tal modalidade contratual, na visão da autarquia, seria um meio eficiente de diminuir custos de transação no âmbito de contratações em massa, o que coincide com o entendimento de outras jurisdições, como, por exemplo, da União Européia[328]. Tal concepção, inclusive, é harmônica com o próprio Código de Defesa do Consumidor, que também não considera o uso de contrato de adesão um ilícito, estabelecendo, porém, regras para sua utilização e o controle sobre a abusividade de suas cláusulas.

Porém, na hipótese em que a prática abusiva cometida contra o consumidor tiver o condão de produzir efeitos sobre a concorrência e estiver tipificada no art. 20, *caput*, da Lei nº 8.884, de 1994, haverá a possibilidade de serem impostas sanções administrativas pelas autoridades de defesa da concorrência. Obviamente, em tal hipótese o consumidor será beneficiado, pois além da reparação de danos e da repressão administrativa previstas na legislação específica (em especial o CDC), será possível utilizar um instrumento adicional para desestimular e cessar a conduta ilícita do fornecedor: a imposição das sanções administrativas previstas na legislação de defesa da concorrência.

Portanto, embora a lei de defesa da concorrência inclua entre os seus objetivos a proteção do consumidor ela não se presta a uma proteção direta do consumidor, mas sim indireta ou mediata[329]. No, entanto, o interesse dos consumidores não é considerado irrelevante para o direito da concorrência e de seus aplicadores[330].

Há interessante precedente do CADE que levou em consideração o bem-estar dos consumidores como elemento para a ponderação dos efeitos de uma conduta, concluindo que um dos fatores que determinavam o enquadramento da conduta como anticoncorrencial foi o prejuízo acarretado aos consumidores. Trata-se do Processo Administrativo instaurado em face de representação apresentada pela empresa Primo Schincariol contra práticas da Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV), empresa com ampla posição dominante no mercado de cervejas. O CADE entendeu que o programa de descontos não-linear da AMBEV

---

[328] PA nº 08000.018301/1996-26 - Rel. Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho.
[329] LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 86
[330] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos, *op. cit.*, p. 22.

possuía caráter anticoncorrencial por exigir exclusividade de vendas ou impor limites de compra de cervejas de marcas concorrentes (exigência do *share* AmBev, ou seja, de que 90% das unidades de cerveja adquiridas fossem da marca AMBEV). O Conselho constatou que não existiam critérios objetivos e uniformes para a seleção dos participantes, sendo escolhidos apenas específicos pontos de vendas de determinados locais importantes para a estratégia de vendas da AMBEV, sem critérios objetivos e uniformes. O Conselheiro Relator adotou como um dos fundamentos de seu voto o fato dos consumidores sofrerem prejuízos com o sistema de premiação por fidelidade criado pela AMBEV que no entender do CADE trazia, na sua execução, um verdadeiro sistema de exclusividade, como se extrai do seguinte trecho da ementa do acórdão:

> Considerando o foco do Programa, as partes mais hipossuficientes da cadeia de cerveja, os consumidores, são os prejudicados, inclusive aqueles que habitam as periferias das grandes cidades e que consomem seu produto em pequenos PDVs, alvos dentre outros das práticas da AMBEV. Não terão eles nem a variedade nem os preços desejados. [331]

Portanto, sempre que incidente a posição dominante e a possibilidade da conduta ter efeitos sobre o mercado, o CADE não se furta a analisar se a conduta efetivamente ocorreu e se também é apta a gerar os efeitos listados no art. 20, *caput*, da Lei nº 8.884, de 1994.

Um bom exemplo é o conjunto de processos administrativos que investigou a possível configuração de aumento abusivo de preços praticado por diversos laboratórios de medicamentos. Tratou-se de investigação de conduta apta a ser capitulada como infração contra a ordem econômica (art. 20, I a IV c/c art. 21, XXIV da Lei nº 8.884, de 1994) e também como uma prática abusiva contra o consumidor (art. 39, X, do CDC).

A Secretaria de Direito Econômico instaurou diversos processos administrativos para apuração das condutas a partir de representação de Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados. Nos casos julgados até o presente momento houve a investigação da conduta, uma vez que em relação à maioria dos medicamentos analisados estava configurada a incidência de posição dominante. Foi, inclusive, ressaltado que o mercado de medicamentos é caracterizado por forte assimetria de informações e inelasticidade da demanda a variações de

---

[331] PA nº 08012.003805/2004-10. Voto do Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan, p. 82. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000443041382.pdf. Acesso em 10.8.2009.

preços, o que reforça o poder de mercado do fabricante dos medicamentos. Tais características fragilizam a posição do consumidor, demandando a regulação estatal, que, no entanto, não foi efetivada no Brasil no período de 1995 a 1999. Assim, o CADE investigou se houve o aumento abusivo de preços. Porém, todos os processos examinados até o presente momento foram arquivados, uma vez que, de acordo com consultoria contratada pela SDE junto à ANPEC (Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia) com auxílio técnico do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) constatou-se que os medicamentos examinados nos processos administrativos já julgados tiveram um reajuste normal, compatível com a média de mercado e com a pressão de custos do setor[332].

Merecem igualmente menção diversos casos em que houve a condenação por aumento arbitrário dos lucros derivados de formação de cartéis. Entendeu-se, nesses casos, que a fixação de preços acima do nível competitivo deu-se justamente pelo falseamento da concorrência efetivado através do cartel. A primeira condenação de cartel pelo CADE ocorreu em 1999 (o "cartel do aço") e desde então os julgamentos têm sido frequentes, como a condenação do "cartel dos estaleiros" (2001), "cartel na revenda de combustíveis em Goiânia e Florianópolis" (2002), "cartel das companhias aéreas" (2004), "cartel das britas" (2005), "cartel dos jornais do Rio de Janeiro" (2005), "cartel dos vergalhões de aço" (2005), "cartel das auto-escolas de Santos" (2006), "cartel das vitaminas" (2007), "cartel dos genéricos" (2007), "cartel dos vigilantes do Sul" (2007) e "cartel dos frigoríficos" (2007) [333]. Assim, o aumento arbitrário dos lucros é passível de sanção quando associado a práticas distorcidas da concorrência.

Portanto, a proteção do consumidor é um objetivo indireto ou mediato da política de defesa da concorrência, já que através da aplicação das normas de defesa da concorrência não há como adjudicar direitos ao consumidor. Assim, por exemplo, na hipótese de ser praticada uma conduta abusiva contra o consumidor: 1) não há como a autoridade administrativa de defesa da concorrência determinar a reparação dessa lesão; 2) a repressão à conduta somente

---

[332] Ver, dentre outros, os seguintes precedentes: PA nº 08012.000917/2000-97 – Rel. Luiz Fernando Rigatto Vasconcelos; PA nº 08012.000973/2000-68 – Rel. Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado; PA nº 08012.000902/2000-10 – Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva; PA nº 08012.000911/2000-19– Rel. Luiz Fernando Rigatto Vasconcelos; PA nº 08012.000924/2000-52 – Rel. Paulo Furquim de Azevedo. Nesse último processo, o único medicamento que sofreu aumento acima da média foi o mucusolvam. No entanto, o CADE concluiu que a empresa fabricante (Boehringer Ingelheim do Brasil Química) não detinha posição dominante no mercado de tal medicamento, arquivando o processo.

[333] Fonte: Secretaria de Direito Econômico/ MJ. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sde. Acesso em 5.10.2009.

será efetivada caso haja a possibilidade de seu enquadramento como infração contra a ordem econômica, para o que é imprescindível a demonstração de que a prática surtiu (ou possui o potencial de produzir) efeitos danosos à concorrência como um todo.

Assim, caso ocorra violação a direito do consumidor (como, por exemplo, a incidência de uma cláusula ou de uma prática abusiva), a princípio deverá ser utilizada a legislação de proteção do consumidor para a reparação do dano ocasionado ou para a imposição de sanções administrativas pelos órgãos de proteção do consumidor. No entanto, a legislação de defesa da concorrência também poderá ser utilizada caso a conduta do fornecedor tenha o potencial de produzir efeitos que afetem a concorrência (atingindo o mercado como um todo), hipótese em que a tutela do consumidor será reforçada.

Se a proteção do consumidor é alcançada de modo mediato, o bem-estar do consumidor, entendido como o interesse específico dos destinatários finais econômicos do produto ou serviço que compõe o mercado relevante, é um objetivo direto, na medida em que a sua tutela vincula a atuação dos órgãos de defesa da concorrência. O controle de estruturas corrobora tal assertiva, pois, ao impedir a consolidação de fusões que tragam a dominação de mercado ou substancial prejuízo à concorrência, previne o prejuízo ao consumidor. Mas os benefícios gerados pelo controle estrutural vão além de tal efeito reflexo, uma vez que, como será demonstrado no Capitulo 4, os atos de concentração que limitem substancialmente a concorrência não poderão ser aprovados, ainda que gerem eficiências econômicas, caso impliquem em prejuízo ao bem-estar dos consumidores (o que ocorrerá, por exemplo, na hipótese da concentração propiciar condições para que a empresa fusionada aumente os preços, apropriando-se de parcela do excedente do consumidor).

Em suma, há sólidos argumentos para enquadrar o bem-estar do consumidor dentre os objetivos da política de defesa da concorrência. Nos dois próximos capítulos analiso como se dá em termos concretos a inserção dos interesses dos consumidores na execução da política de defesa da concorrência, tanto no controle de atos de concentração, quanto no campo da repressão a condutas anticoncorrenciais.

Capítulo 4

CONTROLE ESTRUTURAL E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

O foco central do capítulo é o de identificar o impacto que o bem-estar do consumidor deve ter na ponderação dos efeitos de um ato de concentração.

É importante destacar que somente os atos de concentração que tenham impacto significativo sobre a concorrência suscitarão debates sobre o papel dos interesses dos consumidores, já que a maioria das fusões não gera ampliação de poder de mercado apta a restringir a concorrência.

Com efeito, na maioria das hipóteses, há rivais com tamanho suficiente para contrabalançar o poder de mercado da empresa fusionada. Ou, então, apesar da diminuição da rivalidade não existem barreiras significativas à entrada de novos concorrentes, o que serve para disciplinar a sua atuação[334].

No entanto, há determinadas concentrações que ensejam um incremento do poder econômico apto a eliminar a concorrência de parcela substancial do mercado relevante ou levar ao seu domínio. Então, ao invés de permitir que essa estrutura se estabeleça e depois combater eventuais abusos, é preferível utilizar remédios preventivos que evitem que a estrutura fique excessivamente concentrada. Assim, o controle de estruturas é fundamentado, como já destacado, nos princípios constitucionais da livre concorrência (art. 170, IV), da proteção do consumidor (art. 170, V) e da repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º).

Para se chegar à conclusão sobre a extensão dos efeitos de um ato de concentração sobre a concorrência (e, assim, saber se a fusão possui o potencial de prejudicar os interesses dos consumidores) várias etapas de análise são percorridas. Aprofundarei a análise apenas da última etapa, ou seja, aquela que pondera os efeitos de operações que efetivamente restringem

---

[334] WILLIAMSON, Oliver E. 1968. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. *American Economic Review* v. 58, 1968, p. 18 (especialmente a nota de rodapé nº 2). O autor destaca que a maior parte das fusões não acarreta aumento significativo de poder de mercado e não tem a geração de eficiências como o seu objetivo central.

a concorrência, já que é nela que surge o debate sobre o peso que se deve conferir ao bem-estar do consumidor.

4.1 Espécies de concentrações empresariais

O controle estrutural dá-se através da análise dos atos de concentração econômica, que possui, segundo a doutrina, três espécies: horizontal, vertical e conglomerada[335].

A concentração horizontal é aquela que ocorre entre agentes econômicos que desempenham uma mesma atividade. É, sem dúvida, a concentração que tem o potencial de causar maiores problemas à concorrência, pois empresas que competiam entre si deixam de fazê-lo. Portanto, é a espécie que demanda maior atenção das autoridades de defesa da concorrência, sendo mais suscetível a sofrer restrições parciais ou totais.

Consequentemente, é usual que as autoridades de defesa da concorrência editem normas específicas para a apreciação das concentrações horizontais, estabelecendo as etapas da análise, bem como quais os parâmetros que serão utilizados para dimensionar os efeitos positivos e negativos que elas eventualmente ocasionam[336].

Já a concentração conglomerada ocorre nas hipóteses em que um determinado grupo empresarial passa a desempenhar atividade que não executava e que não guarda nenhuma relação vertical com a sua atuação anterior. Assim, por intermédio de uma concentração com empresa que atuava em mercado diverso, o grupo empresarial passa a desenvolver uma atividade econômica que não desempenhava até então.

A Escola de Chicago entende que não existe razão para o controle de tal espécie de concentração, justamente por significar a entrada de um novo agente no mercado, sem que haja a agregação de poder econômico[337]. No entanto, os críticos de tal posicionamento ponderam que o grupo econômico que efetiva a concentração conglomerada pode deter elevado poder econômico em outros segmentos, o que demanda a análise dos efeitos da sua

---

[335] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 278 e FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste, op. cit.*, p. 354.

[336] As normas editadas pelas autoridades dos Estados Unidos, da União Européia e do Brasil serão analisadas ao longo do Capítulo.

[337] Ver, por todos, BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself, op. cit.*, p. 246.

entrada[338]. Nesta seara há alertas para a possibilidade da concentração conglomerada ensejar condições propícias a abusos de posição dominante, principalmente preço predatório, subsídios cruzados e vendas casadas. Ademais, é pertinente analisar se a concentração conglomerada foi apta a reduzir substancialmente a concorrência potencial, hipótese que justifica eventual intervenção[339].

A concentração vertical consiste na unificação de empresas que atuam em diferentes estágios de uma determinada atividade econômica. Por intermédio de tal concentração uma empresa que atua em um dos níveis de uma atividade econômica une-se com empresa que atua em outro nível. O exemplo clássico dá-se com a concentração entre o fornecedor de uma matéria-prima e a firma que o adquire (v.g. uma empresa mineradora que compra uma siderúrgica). É também o exemplo da fusão entre a empresa que adquire produtos intermediários e a empresa que os produz (por exemplo, uma empresa montadora de veículos efetiva uma fusão com indústria especializada na fabricação de freios). Assim, uma concentração vertical completa dar-se-ía, por exemplo, com a total integração das diferentes etapas da cadeia de produção e distribuição.

A lei brasileira adotou um âmbito amplo de controle estrutural, que abarca todas as espécies de concentração econômica, englobando as situações em que duas empresas que atuavam isoladamente passam a agir conjuntamente, unificando os seus centros decisórios.

Com efeito, a lei brasileira determina que todas as espécies de concentração empresarial que atinjam a participação de mercado no patamar de 20% ou faturamento igual ou superior a R$ 400.000.000,00 devam ser notificadas para apreciação das autoridades de defesa da concorrência[340].

Assevere-se que a lei brasileira segue a tendência mundial, que é a de englobar todas as formas de concentração econômica no controle estrutural[341]. Com efeito, é importante

---

[338] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, *op. cit* e FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, *op. cit*.

[339] VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 2000, p. 215.

[340] É o que dispõe o art. 54, § 3º da Lei nº 8.884, de 1994. A rigor os atos de cooperação empresarial (tal como as *joint ventures*) também estão inseridos na hipótese do *caput* do art. 54. Sobre o tema ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, *op. cit*.

[341] No âmbito dos Estados Unidos da América, o vocábulo *merger* é utilizado de uma maneira ampla, englobando todas as espécies de concentração. Ver, dentre outros: HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice*. Saint Paul: West Publishing Co., 2005.

estabelecer um controle amplo, pois o aumento de poder econômico trazido pela concentração pode inviabilizar a concorrência, possibilitando o aumento de preços e a diminuição da qualidade e diversidade de produtos e serviços. Pode, ainda, impactar negativamente o fluxo de transmissão de conhecimento no seio da sociedade e o âmbito de escolha dos consumidores.

No presente trabalho de doutorado são analisadas peculiaridades referentes às concentrações horizontais, por serem as que possuem o maior potencial de impactar a concorrência e reduzir o bem-estar do consumidor, demandando com maior frequência a ponderação das eficiências e a averiguação da preservação do excedente do consumidor.

4.2 Elementos de análise dos atos de concentração horizontal

A análise do ato de concentração horizontal demanda, primordialmente, o dimensionamento dos efeitos que ele irá gerar no mercado em que se insere para averiguar se é apto a reforçar a posição dominante da empresa e limitar a concorrência. Deste modo, é imprescindível a construção de uma metodologia de análise para que seja possível tal dimensionamento, uma vez que as autoridades de defesa da concorrência somente podem impor restrições a atos que efetivamente tenham o potencial de limitar a concorrência ou acarretar dominação de mercado.

A procedimentalização de tal metodologia normalmente é feita através de normas administrativas editadas pelos órgãos com autoridade para o controle de tais atos, que devem obediência aos preceitos constitucionais e legais pertinentes, em razão do princípio da hierarquia das normas.

No caso brasileiro, a nortear a elaboração de normas administrativas, temos os dispositivos do art. 170, IV e V e do art. 173, § 4º da Constituição Federal e o art. 54, *caput* e § 1º Lei nº. 8.884, de 1994. A partir de tais preceitos foram elaboradas as seguintes normas administrativas que servem como diretrizes para a análise dos atos de concentração: a Resolução CADE nº 15, de 1998, a Resolução CADE nº 45, de 2007 e o Guia SEAE/SDE de análise de atos de concentração.

Tais normas administrativas seguem, com as devidas adaptações, os parâmetros tradicionais adotados nas mais expressivas jurisdições do mundo, em especial as estatuídas nos Estados Unidos da América[342] e na União Européia[343].

Passo, então, a descrever as principais etapas que devem ser seguidas na análise dos atos de concentração. O objetivo desta descrição é de delinear sucintamente os passos que a autoridade necessita percorrer para fundamentar a conclusão de que um ato de concentração pode, efetivamente, ser danoso à concorrência. Assim, apenas a etapa da ponderação das eficiências e de sua possível distribuição com os consumidores será objeto de um estudo pormenorizado.

A primeira etapa de análise dá-se com a definição do mercado relevante, que é peça fundamental na investigação de qualquer questão concorrencial, visto que somente depois da delimitação do espaço no qual o ato ou prática estão inseridos é possível analisar se existe poder de mercado e quais as suas consequências.

O mercado relevante é o *locus*, na dimensão geográfica e de produto, no qual o poder de mercado é possível de ser exercido por uma firma atuando de forma isolada ou por um grupo de empresas agindo de forma coordenada[344].

O mercado relevante sempre terá duas dimensões. A primeira será relacionada ao produto ou serviço envolvido. A segunda será a sua dimensão geográfica.

O principal fator para a definição do mercado relevante é a substituição pelo lado da demanda, cuja análise é feita por intermédio da averiguação de quais são os produtos ou serviços substituíveis entre si. Serão, dessa maneira, considerados como substitutos os

---

[342] A principal lei sobre controle de concentrações é o *Clayton Act*, que sofreu modificações por outras leis, como o *Cellar-Kefauver Act* e o *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*. Do ponto de vista administrativo a norma mais importante é: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. H*orizontal merger guidelines*. Washington DC: DoJ/FTC, 1992. O Guia, como já referido, foi objeto de revisão datada de abril de 1997, justamente na sua seção quarta que trata da análise das eficiências compensatórias.

[343] A principal norma é o Tratado de Roma, que foi modificado pelo Tratado de *Maastricht* que instituiu a União Européia. No entanto, as normas relacionadas com a defesa da concorrência são idênticas, apenas tendo sido efetivada a renumeração dos respectivos artigos (artigos 81 e 82, principalmente). Já o Regulamento CE 139, de 2004, substituiu os Regulamentos CE 4.064, de 1989, e CE 1310, de 1997, que tratavam anteriormente do controle de atos de concentração.

[344] Assim, a expressão "relevante" é utilizada no sentido de pertinente ou correspondente (advindo da tradução do vocábulo inglês "*relevant*") e não no sentido de importante. Sobre o tema ver: BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80.

produtos ou serviços que o consumidor demanda para a satisfação de uma determinada necessidade, tendo em vista a sua funcionalidade e preço[345].

A metodologia mais empregada é o Teste do Monopolista Hipotético, que está contida nas *Horizontal Merger Guidelines* do Departamento de Justiça e *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos de 1992 e que foi adotado tanto no Guia de Análise da SDE e SEAE de 2001 como na Resolução CADE nº 15 de 1998. De acordo com tal metodologia, um produto ou serviço e uma área geográfica são um mercado se um monopolista sobre eles eleve o preço, com lucro, significativamente acima dos níveis prevalecentes.

Já a dimensão espacial do mercado relevante é constituída por uma área geográfica determinada, na qual uma empresa pode aumentar os seus preços sem que um grande número de seus consumidores busque fontes alternativas de oferta localizadas fora da referida área, ou ofertantes localizados no exterior da mesma possam, rapidamente, nela penetrar com produtos substitutos.[346]

O objetivo primordial de definir um mercado relevante é o de identificar os concorrentes efetivos das empresas envolvidas na concentração[347].

Após a delimitação do mercado relevante a etapa seguinte é o cálculo do poder econômico, que se inicia com a medição da participação de mercado da empresa fusionada, somando-se a parcela que cada uma das empresas possuía antes da operação.

A partir da obtenção da participação de mercado costuma-se lançar mão de algumas metodologias para auferir se ela é elevada ou não. A primeira de tais projeções é o cálculo do Ci, ou seja, a soma das participações de mercado dos "i" maiores agentes econômicos do setor. Normalmente é utilizado o C4, ou seja, utiliza-se a soma das quatro maiores empresas do mercado relevante.

O Guia de análise da SEAE e SDE[348], por exemplo, adota o entendimento de que haverá condições propícias para o exercício unilateral de poder de mercado sempre que o ato

---

[345] BELLAMY, Christopher; CHILD, Graham D.. European Community Law of Competition. London: P.M. Roth QC, 2001, p. 6.
[346] HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust policy, op. cit.*, p. 59.
[347] COMISSÃO EUROPÉIA. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, *op. cit*.
[348] Ver item 36 da Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, DE 1º de Agosto de 2001. Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15.

de concentração resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante, utilizando como fundamento o art. 20, §2º, da Lei nº 8.884, de 1994. O mesmo Guia considera que há condições propícias para o exercício coordenado de poder de mercado se o C4 for superior a 75% e a participação de mercado da nova empresa for igual ou superior a 20%.

Já o *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI) corresponde ao somatório dos quadrados das participações de todas as empresas. A sua principal vantagem em relação ao método do Ci é que o índice reflete eventuais participações de mercado não uniformes. Assim, caso as quatro maiores empresas tivessem, por exemplo, cada uma 25% de participação, o C4 corresponderia a 100, enquanto que o HHI seria equivalente a 2500. Já se as participações fossem, por exemplo, de 50%, 30%, 10% e 10%, o C4 novamente seria 100, mas o HHI corresponderia a 3600 (2500 + 900 + 100 + 100).

O índice foi utilizado inicialmente para os propósitos da economia da organização industrial, sendo desenvolvido separadamente pelos economistas que lhe emprestam o nome[349]. A sua aceitação em análise de atos de concentração foi sendo gradativamente aumentada, principalmente a partir de estudos de George Stigler[350].

Como método sistemático de análise antitruste o índice foi previsto pela primeira vez no Guia de Análise de concentrações horizontais do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1982. A sua utilização para dimensionar o nível de concentração tinha principalmente três propósitos. O primeiro deles era o de demarcar uma espécie de "porto seguro" (*safe harbour*): as operações realizadas em mercados cujo HHI fosse inferior a 1000 não seriam objeto de qualquer restrição pelo Departamento de Justiça. O segundo objetivo era o de nortear o dimensionamento dos efeitos da concentração a partir da variação de HHI no mercado. Assim, obviamente, quanto maior o incremento mais elevada a preocupação gerada. Em terceiro lugar, operações que ultrapassassem um determinado nível gerariam, de imediato, a necessidade de uma análise mais aprofundada[351].

O índice Herfindhal-Hirschamnn é o principal instrumento de mensuração de concentração econômica utilizado pela Comissão Européia no controle de estruturas, que

---

[349] HIRSCHMAN, Albert O. The Paternity of an Index. *American Economic Review*, v. 54, p. 761-762, 1964.
[350] STIGLER, George J. A Theory of Oligopoly. *Journal of Political Economy*, v. 72, p. 44, 1964.
[351] CALKINS, Stephen. The New Merger Guidelines and the Herfindahl-Hirschman Index. *California Law Review*, v. 71, n. 2, pp. 402-429, Mar., 1983.

também toma em consideração o "porto seguro" de 1000 pontos, nível abaixo do qual nenhuma concentração a princípio geraria preocupações. Ademais, a Comissão utiliza a variação do índice como parâmetro para separar concentrações que devem ser analisadas com maior profundidade daquelas que não geram maiores preocupações[352].

Na realidade, o que todos estes índices tentam captar é o dimensionamento do poder de mercado das empresas e se as condições estruturais são mais ou menos propícias ao exercício unilateral ou coordenado de tal posição dominante.

É óbvio que não existem números apriorísticos que permitam soluções absolutas. No entanto, participações de mercado de pequena intensidade que de acordo com os padrões mundiais espelhem situações de baixa concentração não merecem, normalmente, um maior aprofundamento na análise. Nesta hipótese a autoridade está vinculada à aprovação do ato de concentração, já que ele não oferece limitação à concorrência.

Por outro lado, se os números obtidos forem elevados e aptos a conferir ou reforçar o poder de mercado das empresas participantes do ato de concentração, faz-se necessário prosseguir a análise, averiguando se as condições específicas do mercado relevante permitem ou inibem o exercício deste poder. Isto porque a dominação do mercado não pode ser definida unicamente a partir da parcela do mercado que uma empresa detém.

Assim, a próxima etapa de análise trata da averiguação da probabilidade de exercício de poder de mercado Em primeiro lugar é analisada a viabilidade de importações do produto, verificando-se se é simples e economicamente viável a internalização dos produtos como forma de disciplinar a atuação das empresas estabelecidas no mercado.

Em segundo lugar, são analisadas as condições de entrada de novos agentes econômicos que possam disciplinar a atuação da empresa fusionada, averiguando-se a existência de barreiras, ou seja, tudo aquilo que torna a entrada mais custosa ou mais difícil[353]. Barreiras à entrada, desse modo, são as vantagens que as firmas estabelecidas possuem sobre

---

[352] COMISSÃO EUROPÉIA. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, *op. cit*. O item 20 do documento esclarece que, salvo situações muito especiais, a Comissão não terá preocupações em uma operação com um HHI, após a concentração, situado entre 1000 e 2000 e com uma variação inferior a 250, ou numa concentração com um IHH, após a concentração, superior a 2000 e com um aumento inferior a 150.

[353] VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust, op. cit.*, p. 64.

os competidores potenciais e que se refletem na capacidade de elevar os preços acima do nível competitivo sem atrair novas firmas para a indústria em questão[354].

A checagem da existência de barreiras à entrada é essencial nas operações em que se constate elevada concentração. Elas são um importante elemento para dimensionar as condições de entrada de novos agentes econômicos. Assim, por exemplo, em um cenário em que haja alta concentração, mas as barreiras à entrada sejam baixas, permitindo uma entrada tempestiva, provável e suficiente de um novo agente econômico, a operação não deve ser obstada pelos órgãos de defesa da concorrência, por inexistir nesta hipótese risco de exercício de poder de mercado. Com efeito, uma eventual elevação excessiva de preço, muito acima do valor de equilíbrio anterior à fusão terá o condão de atrair outras empresas para o mercado, fazendo com que o preço se restabeleça no padrão concorrencial. Assim, em tal hipótese é pouco crível que a empresa resultante da fusão tome tal atitude.

Nos casos em que se verifica alta concentração e barreiras à entrada passíveis de remoção, a decisão mais razoável da autoridade de defesa da concorrência é, ao invés de proibir a realização do ato, tomar as medidas cabíveis para a remoção das barreiras[355].

Por outro lado, haverá situações de alta concentração e baixa rivalidade interna em um mercado constituído por elevadas barreiras à entrada. Em tal caso a operação possibilita o exercício unilateral ou coordenado de posição dominante, o que permite a conclusão de que se trata de ato de concentração que limita a concorrência ou acarreta dominação de mercado e, dessa maneira, a princípio não poderia ser aprovado pela autoridade de defesa da concorrência[356].

No entanto, paulatinamente foi sendo angariado consenso no sentido de que determinadas concentrações, ainda que restrinjam a concorrência podem ser benéficas à economia, caso gerem eficiências econômicas. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos da

---

[354] BAIN, J. S. *Barriers to New Competition, their character and consequences in manufacturing industries.*. Cambridge (Mass): Harvard University, 1956.

[355] Foi o que o CADE efetivou em dois julgamentos. O primeiro foi o caso Kolynos (AC nº 0027/1995. Requerentes: Kolynos do Brasil Ltda. e Colgate-Palmolive Company. Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva), em que a decisão removeu a barreira da marca através de sua suspensão por um período de quatro anos. O segundo foi o caso Biopart (AC nº 08012.007816/2001-81. Requerentes: Novo Nordisk Holding do Brasil e Biopart Ltda. Rel.: Conselheiro Thompson Andrade) em que a decisão determinou a supressão de cláusula de não concorrência, além de sugerir revisão de acordo de preços efetivado junto ao Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio.

[356] Particularmente no caso do Brasil incide a vedação estabelecida no *caput* do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994.

América passou-se de uma concepção muito restritiva para outra em que as eficiências podem, quando acopladas a outras circunstâncias, justificar uma concentração alta em mercado com barreiras à entrada[357]. Surgiu, então, uma nova etapa de análise, em que é investigado o teor das eficiências geradas e averiguado se elas possuem o condão de compensar os prejuízos acarretados.

No entanto, há profundas discussões em torno de qual o grau de eficiências produtivas necessário para justificar a concentração, o que somente é passível de ser mensurado na análise de cada caso concreto, através do cotejo com as condições estruturais do mercado em que se insere o ato de concentração. E as mais incisivas controvérsias ocorrem em torno do conceito de eficiências compensatórias (ou seja, quais são as eficiências que podem ser consideradas como justificadoras da redução de concorrência) e se deve ser privilegiado apenas o bem-estar agregado ou o excedente do consumidor, assunto que constitui o cerne do presente capítulo.

Em suma, nas hipóteses em que se chegar à conclusão de que o ato tem o potencial de restringir a concorrência é que há ensejo ao sopesamento das eficiências econômicas que o ato de concentração traz, sendo averiguado se elas suplantam os malefícios trazidos à estrutura concorrencial. Neste passo, necessariamente, será analisado se há ou não efeitos potencialmente danosos aos interesses dos consumidores dos produtos ou serviços atingidos. É este o aspecto relacionado às eficiências que será analisado com maior profundidade, por ser o cerne da discussão do presente capítulo.

4.3 Análise das eficiências econômicas compensatórias

A análise das eficiências econômicas é uma etapa relativamente recente do método de ponderação dos efeitos de um ato de concentração. É fruto da incorporação pelas autoridades administrativas e judiciais dos Estados Unidos das críticas feitas pela Escola de Chicago ao entendimento de que toda a estrutura concentrada seria ilícita *per se*.

---

[357] HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy, op. cit.*, p. 46. Ver, ainda, as considerações efetivadas no item 4.4.3 desse capítulo.

Assim, progressivamente a análise de eficiências foi sendo introduzida na metodologia de análise das autoridades de defesa da concorrência. As Diretrizes (*Guidelines*) do Departamento de Justiça de 1968 foram pioneiras na referência às eficiências, porém de maneira ainda bastante tímida, afirmando que apenas em hipóteses excepcionais o Departamento iria considerar uma alegação de eficiência como elemento de mitigação de uma fusão que restringisse consideravelmente a concorrência[358].

As Diretrizes do Departamento de Justiça de 1982 trouxeram como grande novidade o deslocamento da ênfase na concentração para o da criação de poder de mercado, substituindo o C4 pelo HHI (índice *Herfindahl-Hirschman*) como o principal índice a ser levado em consideração na análise do impacto da fusão. Foram mantidas praticamente as mesmas referências às eficiências, porém a sua utilização pelo órgão de defesa da concorrência foi mais intensa.

Já as Diretrizes do Departamento de Justiça de 1984 consolidaram o entendimento de que o incremento das eficiências econômicas é um dos elementos a serem analisados na decisão de eventual impugnação de uma determinada fusão. A norma conceituava as eficiências aptas a ser levadas em consideração, afirmando que a sua aceitação dependia comprovação da sua existência e de não haver meios menos lesivos à concorrência para alcançá-las. Foi, dessa maneira, o primeiro Guia a efetivamente tratar as eficiências como um meio de defesa na análise de atos de concentração[359].

Tal matéria foi ainda mais extensamente disciplinada nas Diretrizes editadas em conjunto pelo Departamento de Justiça e pela *Federal Trade Commission* em 1992 que estabelecem ferramentas detalhadas para a análise de eficiências, ampliadas com emenda efetivada em 1997[360].

---

[358] KOLASKY, William J. ; DICK, Andrew R. The merger guidelines and the integration of efficiencies into antitrust review of horizontal mergers. *Antitrust Law Journal* v. 71, p. 207-251, 2003-2004, p. 209. Os autores chamam atenção para um dado curioso. As Diretrizes de 1968 foram editadas sob o mandato de Donald Turner, um dos expoentes da Escola de Harvard, como o responsável pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. Ele tinha como o seu economista chefe Oliver Williamson, que escreveu em 1968 o mais conhecido estudo sobre as eficiências como mecanismo de defesa na análise de atos de concentração.
[359] *Ibidem*, p. 209.
[360] *KOLASKY, William J.; DICK, Andrew R., op. cit.*, p. 209.

Em outras jurisdições, como, por exemplo, a União Européia[361] e o Brasil[362], a ponderação das eficiências foi sendo paulatinamente incorporada no controle de atos de concentração, como será demonstrado ao longo do presente capítulo.

Essa concepção admite, por um lado, que os atos de concentração econômica que reforçam o poder de mercado em estruturas com baixa rivalidade e significativas barreiras à entrada podem trazer problemas e seus efeitos devem ser investigados. Porém, por outro lado, tal situação não deve gerar automaticamente a decisão de desconstituição da operação, sendo necessário verificar se o ato de concentração traz eficiências econômicas em grau suficiente para compensar a restrição concorrencial e não prejudicar o consumidor.

Já discuti no capítulo 3 a noção de eficiência[363]. No presente item analisarei que espécies de eficiências econômicas podem ser aceitas como aptas a compensar eventuais restrições à concorrência e, assim, permitir a aprovação da fusão por parte das autoridades encarregadas de sua análise.

Para as finalidades do controle de atos de concentração normalmente são consideradas como eficiências compensatórias as reduções de custos estimáveis quantitativamente e intrínsecas à operação que não poderiam ser obtidas apenas por intermédio de esforço interno[364].

Conforme estudo realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Banco Mundial, normalmente as autoridades de defesa da concorrência entendem que um ganho de eficiência poderia ser exemplificado como um acréscimo de produtividade que resulta na redução de custos unitários. Esta eficiência envolveria: 1) menores recursos para produzir a mesma quantidade de bens ou serviço; 2) produção de maior número ou variedade de bens ou serviços com os mesmos recursos antes utilizados; ou, ainda, 3) aperfeiçoamento da qualidade de tais bens e serviços. É exigido,

---

[361] COMISSÃO EUROPÉIA. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas. *Jornal Oficial da União Européia* de 5.2.2004, C 31, p. 5-18.
[362] Ver, a propósito, o art. 54, § 1º, I da Lei nº 8.884, de 1994.
[363] Item 2.2. do Capítulo 3.
[364] Resolução CADE n. 15, de 1998, Anexo V, item 1.9.

ainda, que as eficiências não sejam meramente pecuniárias, mas envolvam um aperfeiçoamento do processo produtivo[365].

O referido estudo da OCDE e do Banco Mundial destaca ainda que somente devam ser aceitas eficiências derivadas de economias de escala ou de escopo, economias de linha de produção ou ainda decorrentes de racionalização do uso das plantas. Entretanto, as eficiências decorrentes de economias gerenciais ou administrativas não podem ser aceitas, tanto por serem de difícil verificação, como porque podem ser alcançadas de outras maneiras, sendo desnecessária uma fusão para tanto. O estudo conclui, taxativamente, que a experiência demonstra que uma operação somente poderia ser aprovada com base em eficiências caso sejam extraordinariamente elevadas[366].

As Diretrizes para análise de Concentrações Horizontais em vigor nos Estados Unidos determinam que somente sejam aceitas as eficiências específicas da fusão, ou seja, aquelas que não seriam alcançadas de outro modo[367]. O Guia dos Estados Unidos contém uma detalhada seção específica para o tratamento das eficiências, que foi reformulada em 1997, incorporando, inclusive, expressa referência à preservação do bem-estar do consumidor.

Na Europa o Regulamento 139, de 2004, expressamente prevê a possibilidade das eficiências serem adotadas como defesa de um ato de concentração, desde que elas "compensem os efeitos sobre a concorrência e, em especial, o potencial efeito negativo sobre os consumidores" [368].

O aludido Regulamento determinou que a Comunicação Européia editasse Orientações relativas ao controle das concentrações de empresas, as quais estabelecem diversas condições cumulativas para a aceitação das eficiências, em especial que elas beneficiem os consumidores, sejam passíveis de verificação e específicas da operação (item 78). Ademais, o documento estabelece que as eficiências mais aceitáveis são as que permitem reduções nos

---

[365] KEMANI, Shyan. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência.* São Paulo: Singular, 2003.
[366] *Ibidem.*
[367] US Department of Justice & Federal Trade Commission. 1992 Horizontal Merger Guidelines with 1997 *Revised Section 4 on efficiencies*. Reproduzo o seguinte trecho da seção 4: "*The Agency will consider only those efficiencies likely to be accomplished with the proposed merger and unlikely to be accomplished in the absence of either the proposed merger or another means having comparable anticompetitive effects. These are termed merger-specific efficiencies"*.
[368] Item 29 dos considerandos do Regulamento 139, de 2004.

custos variáveis ou marginais, por serem mais propícias a diminuírem o preço final (item 80) [369].

As Orientações consideram também como eficiência os ganhos no domínio de inovação, pesquisa e desenvolvimento. Prescrevem, ainda, que quanto maior for a redução da concorrência mais elevado será o grau de eficiências necessário para compensar a restrição. Nesse contexto o documento afirma ser improvável que um ato de concentração que gere uma situação próxima de um monopólio possua eficiências tão elevadas a ponto de compensar a restrição à concorrência (item 81).

Por seu turno, a legislação e jurisprudência brasileiras encontram-se alinhadas com os precedentes internacionais. Com efeito, o art. 54, § 1º, I da Lei nº 8.884, de 1994, refere-se aos seguintes aperfeiçoamentos que permitem, em conjunto com as demais condições estabelecidas em seus incisos II a IV, a aprovação do ato de concentração: "a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico". O inciso IV do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994 estabelece que devam ser observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Redação semelhante possui o Projeto de lei nº 3.937-B, de 2004 que foi aprovado na Câmara dos Deputados e tramita no Senado Federal sob a denominação de PL nº 06/09. Com efeito, **o** seu art. 88, § 6º mantém a exigência de serem observados os limites estritamente necessários para atingir as eficiências econômicas, que define como aquelas que tenham por objetivo: "a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico".

Da conjugação de tais normas, conclui-se que as eficiências econômicas a serem consideradas são efetivamente aquelas trazidas em razão da operação em si, sem que elas pudessem ser alcançadas de outro modo. Com efeito, ao se exigir que o objetivo seja o de trazer melhorias econômicas, resta claro que há a necessidade de demonstrar que a operação em si (e não esforços isolados das empresas participantes da operação) trouxe eficiências que somente ocorreriam através da fusão. Efetivamente, caso as melhorias pudessem ser

---

[369] COMISSÃO EUROPÉIA. *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, op. cit.*, item 78 e 80.

alcançadas de modo menos restritivo à concorrência, restariam extrapolados os limites estritamente necessários para atingir o objetivo de introduzir eficiências econômicas.

Percebe-se, desta forma, que as eficiências aceitáveis do ponto de vista antitruste devem ser limitadas. Assim, restando demonstrado que a operação tem o potencial de prejudicar a concorrência, as eficiências demonstradas devem ser comprovadamente amplas, a fim de que se evitem os efeitos anticoncorrenciais.

Igualmente, não podem ser considerados como eficiências ganhos pecuniários decorrentes de aumento da participação de mercado da empresa fusionada ou qualquer circunstância que signifique mera transferência de receitas entre agentes econômicos. Em tais hipóteses ocorrem apenas ganhos privados que não importam em aumento do bem-estar da economia.

Outra questão importante é a comprovação da efetiva existência das eficiências econômicas alegadas pelas empresas que efetivam a concentração econômica. Neste contexto, o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE em seu item 72 estatui que podem ser consideradas como eficiências específicas da concentração apenas aquelas cuja magnitude e ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis e desde que haja a especificação da causa e do momento em que serão obtidas pelas empresas. Neste contexto, as eficiências alegadas não podem ser consideradas quando estabelecidas vagamente, forem especulativas ou não puderem ser verificadas por meios razoáveis.

O item 73 do Guia de Análise da SEAE/SDE por sua vez estabelece que não podem ser considerados eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos. E o item 74 do Guia esclarece que as eficiências específicas da concentração econômica horizontal podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de uma tecnologia mais produtiva, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório.

Por seu turno, a jurisprudência do CADE vem estabelecendo rigorosos requisitos para a aceitação das eficiências desde o julgamento do caso Sé-G. Barbosa, no qual foram fixados os seguintes parâmetros: 1) As eficiências devem ser específicas da operação (ou seja, não podem ser alcançadas de outro modo); 2) devem ser demonstradas por meios razoáveis; 3)

Não devem ser meramente pecuniárias, ou seja, não representam tão somente transferências de recursos entre terceiros; 4)devem compensar integralmente os riscos à concorrência no mercado relevante; 5) Devem ser repartidas equitativamente entre os consumidores e as empresas[370].

Deste modo, tanto a experiência internacional quanto a legislação nacional exigem um padrão de prova bastante rigoroso para que as eficiências possam acarretar a aprovação de um ato de concentração que reduza a concorrência em seu mercado relevante. Assim, a eficiência necessita ser específica da operação, deve acarretar a redução dos custos variáveis e sua existência deve ser facilmente provada.

No próximo item discutirei o balanceamento que se deve fazer entre as eficiências geradas e a restrição à concorrência, ressaltando, inclusive, a necessidade de haver garantias do repasse dos benefícios aos consumidores.

4.4 Ponderação dos efeitos dos atos de concentração e preservação do bem-estar do consumidor

Como já ressaltado neste capítulo, não basta que o ato de concentração produza eficiências econômicas, sendo necessária a demonstração de que elas, além de específicas da operação, atinjam um grau elevado o suficiente para compensar as restrições efetivadas à concorrência.

É nesse momento que há ensejo para o ponto central do presente capítulo: a imprescindibilidade da investigação do potencial da operação em restringir ou preservar o excedente do consumidor.

Há três situações com as quais normalmente a autoridade de defesa da concorrência normalmente irá se defrontar. Na primeira, o grau das eficiências é tão elevado que proporciona reduções de preços, em razão da magnitude da diminuição dos custos. Em tal caso, a operação aumenta o bem estar geral, inclusive o excedente do consumidor, pois reduz os preços.

---

[370] AC n. 08012.006976/2001-58. Requerentes: Supermercados Sé e G. Barbosa. Rel. Conselheiro Cleveland Prates Teixeira.

A segunda será aquela em que as eficiências econômicas não são elevadas o bastante para reduzir os custos em proporção suficiente para compensar a restrição à concorrência. Nessa hipótese, a redução da pressão competitiva proporcionada pela concentração de poder econômico permitirá o aumento de preços que assim irá gerar um peso morto em razão da diminuição da demanda. Tal peso morto será superior à redução dos custos, o que gerará perdas líquidas para a economia e perda do excedente do consumidor. Em tal caso, a operação não reunirá condições de ser aprovada na forma apresentada e sua rejeição, obviamente, constitui importante contribuição da defesa da concorrência para o bem-estar do consumidor.

A terceira será aquela em que as eficiências reduzem o custo em proporção considerável, mas mesmo assim a diminuição da pressão competitiva gera incentivos para o aumento de preços. No entanto, nessa terceira hipótese, diferentemente do que ocorre com a segunda, a redução de custos dá-se em proporção superior à geração de peso morto, importando em melhor emprego dos recursos econômicos. No entanto, como ocorreu aumento de preços houve transferência do excedente do consumidor para o produtor, gerando queda no bem-estar do consumidor. É justamente a conveniência de reprovar tal espécie de concentração que a Tese irá debater.

A discussão é dividida em três subitens. No primeiro é analisado o debate suscitado pela doutrina norte-americana à luz da legislação daquele país. Posteriormente, são estudadas as normas da União Européia. Finalmente, é efetivada a análise da legislação brasileira, bem como os posicionamentos doutrinários e da jurisprudência do CADE sobre a matéria.

4.4.1 A discussão nos Estados Unidos: *total welfare vs. consumer welfare*

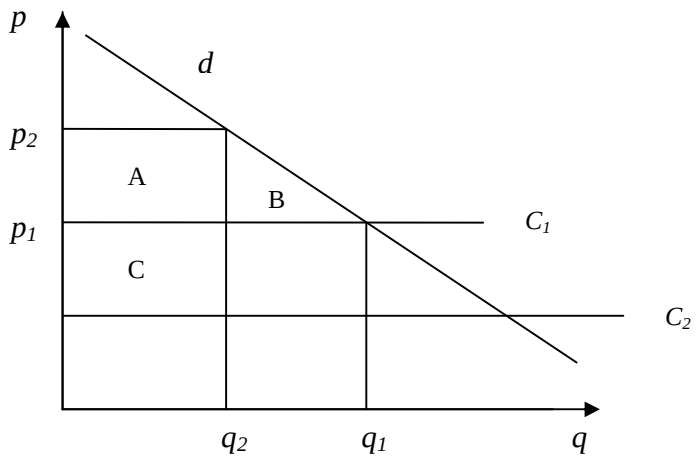
Há dois posicionamentos para as hipóteses em que o incremento de poder de mercado é elevado e a redução de custos, embora seja superior ao peso morto gerado, não é suficiente para impedir a elevação dos preços. O primeiro entende que deverá ser privelegiado o bem-estar agregado (hipótese em que será admitida a apropriação do excedente do consumidor pela empresa concentrada, desde que a redução de custos seja superior ao aumento do peso morto). Já a segunda corrente interpreta que deve ser sempre levado em consideração o bem-estar dos consumidores (hipótese em que deve ser preservado o seu excedente e o seu poder de escolha).

O cerne do debate é: 1) poderiam ser aprovados atos de concentração que muito embora possibilitassem aumento de preço (e, assim, a apropriação de parte do excedente do consumidor) tivessem eficiências que levassem a reduções de custos superiores à geração de peso morto ou; 2) apenas poderiam ser aprovadas operações que não levassem à diminuição do excedente do consumidor. Passo, então, a analisar as correntes sobre o tema.

4.4.1.1 A doutrina do *Welfare Standard*

Destaco, inicialmente, a doutrina que defende que o principal interesse a ser preservado é o bem-estar agregado, ainda que possa haver por parte das empresas envolvidas no ato de concentração apropriação do excedente do consumidor via aumento de preços.

Oliver Williamson escreveu precursor artigo neste sentido[371]. Na sua visão, a concentração pode ser considerada eficiente desde que haja incremento no bem-estar da sociedade como um todo, ainda que haja perda individual experimentada por algum agente econômico. Neste contexto, Williamson desenvolveu uma função de procura linear, assumindo que os custos médios são constantes para qualquer nível de produção, a fim de determinar em que condições o efeito líquido de uma fusão sobre o bem-estar é positivo. O gráfico a seguir transcrito sintetizaria a relação entre os custos e os benefícios de uma fusão:



[371] WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, *op. cit*.

Para as finalidades do gráfico temos que:

A = ganho do monopolista sobre o excedente do consumidor

B = perda de “peso-morto” (*deadweight loss*)

C = Redução de custos

d = Demanda

P_1 = Preço competitivo

P_2 = Preço de monopólio

q_1 = Quantidade competitiva

q_2 = Quantidade de Monopólio

C_1 = custo marginal inicial

C_2 = custo marginal no monopólio

Com a elevação do poder de mercado houve o aumento do preço de equilíbrio de p1 para p2, bem como a diminuição das quantidades oferecidas no mercado de q1 para q2. Em decorrência, o excedente do consumidor sofreu uma variação negativa que não foi na sua totalidade apropriada pela empresa resultante do ato de concentração. Com efeito, enquanto a área A é transferida dos consumidores para os produtores, a área B constitui uma perda efetiva de bem-estar social, que dá origem a uma perda social líquida (geração de peso morto), já que se vende uma menor quantidade do produto a um preço mais elevado.

Assim, ocorreu tanto uma perda de excedente do consumidor como uma distorção na alocação ótima dos recursos. No entanto, Williamson salienta que houve a diminuição dos custos médios de produção de C1 para C2, associada a economias de escala, o que produziria um ganho de eficiência que daria origem a um ganho de bem-estar representado pela área C. Na visão de Williamson se a área C for superior à área B (a qual congrega o peso morto) a operação deve ser aprovada. Ele defende a tese de que a perda do excedente do consumidor é neutra, pois se trataria de transferência de renda entre agentes econômicos, aspecto que na sua visão deve ficar fora da agenda de preocupações das autoridades antitrustes. Em outras palavras, se a área do quadrado C for superior à área do triângulo B a operação deveria ser aprovada já que traria eficiências líquidas ao bem-estar geral da economia.

Segundo tal perspectiva uma operação não poderia ser aprovada caso a geração de eficiências econômicas não fosse alta o suficiente para compensar a geração de peso morto. Da mesma forma, não haveria qualquer problema com as operações que produzissem eficiências sem ocasionar perda de peso morto, uma vez que o aumento de poder econômico não seria suficiente para limitar a concorrência e ocasionar elevação de preços, não havendo nem perda do excedente do consumidor nem geração de peso morto[372].

O dilema (*trade-off*) incidiria justamente nas situações em que a operação ampliou significativamente o poder de mercado da empresa fusionada a ponto de ocasionar elevação de preços, mas, ao mesmo tempo gerou eficiências (e, assim, reduziu os custos de produção) em patamar superior ao peso morto gerado. O modelo do *Welfare standard* defende que nesta situação o ato de concentração deve ser aprovado[373]. Para tal modelo, o fato de ter havido perda de excedente do consumidor não é fundamento suficiente para proibir a operação, pois tratar-se-ía de mera transferência de renda entre agentes econômicos. Nessa perspectiva interessa apenas que o ganho de bem-estar global (ocasionado pela redução de custos decorrentes da eficiência gerada pela operação) supere o aumento do peso morto gerado.

É importante destacar que o próprio Williamson descreve o seu modelo como sendo ingênuo (*naive*), por ser fundado em equilíbrio parcial estático e referenciado na idéia de concorrência perfeita comparada ao monopólio. Assim, não leva em consideração outros efeitos que a redução da concorrência possa gerar, tais como os impactos nos demais mercados e as limitações estáticas, ou seja, os efeitos ao longo do tempo sobre o crescimento do mercado, entrada e saída de agentes, decisões de investimento e também mudança tecnológica[374].

---

[372] Nesses casos, como salienta BORK, Robert H., *op. cit*., p. 108, não há sequer que se falar em *trade-off*, pois são situações em que a operação necessariamente será proibida (na hipótese de gerar peso morto superior às reduções de custo) ou aprovadas (na hipótese de gerar eficiências sem elevar excessivamente o poder de mercado, hipótese em que operação é neutra do ponto de vista concorrencial).

[373] Tal perspectiva é expressamente apoiada por BORK, Robert H., *op. cit*., p. 110-111: "*But even in cases where the trade-off issue must be faced, it seems clear the income distribution effects of economic activity should be completely excluded from the determination of the antitrust legality of the activity. It may be sufficient to note that the shift in income distribution does not lessen total wealth, and a decision about it requires a choice between two groups of consumers that should be made by the legislature rather than by the Judiciary*".

[374] GUERRIERO, Ian Ramalho. *Modelos de simulação na análise antitruste: Teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Profissionais/T1/1L/Modelos_de_simulacao.pdf. Acesso em: 26.9.2009.

A maior crítica efetivada ao modelo é que ele ignora os efeitos de transferências de renda dos consumidores para produtores, tratando com o mesmo peso duas categorias essencialmente distintas de agentes econômicos[375]. Com efeito, embora reconheça a importância da distribuição de recursos, Williamson pontua que tal questão não deveria ser tratada pelo antitruste, mas sim por outras áreas, tais como a tributação, despesas públicas e políticas de transferência de rendas[376].

No entanto, há autores que ponderam que a defesa da concorrência não pode ser totalmente neutra à transferência de renda dos consumidores para os produtores, sobretudo em situações em que se produzem bens ou serviços essenciais[377]. Ademais, a transferência de excedente do consumidor para o produtor seria particularmente relevante em países em desenvolvimento, o que tornaria ainda mais inadequada a indiferença do modelo[378].

Assevere-se, por fim, que o próprio Williamson pondera que ao contrário do que o modelo ingênuo (*naive*) parece supor, as transferências de renda nem sempre serão neutras, devendo sim ser consideradas em desfavor do ato de concentração perdas de excedente do consumidor que sejam muito maiores do que o peso morto gerado, pois em tal caso a excessiva transferência de renda deve ser computada na análise do bem-estar geral. Assim, o próprio autor admite como fator desfavorável à concentração determinadas situações em que o ganho dos produtores supera a geração de peso morto à custa de uma extensa transferência de renda dos consumidores[379].

---

[375] POSSAS, Mário Luiz. *Limites normativos da análise econômica antitruste*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto0505.pdf. Acesso em: 26.9.2009, p. 7-9: "a adoção do critério de Williamson implica violar o princípio da comparabilidade de Pareto, como já discutido acima, e ignorar os efeitos de transferência de renda de consumidores para produtores. Para efeitos práticos, pode-se considerar que equivale a adotar implicitamente uma função de bem-estar social que pondere essas duas categorias de agentes econômicos com o mesmo peso".

[376] WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, *op. cit.*, p. 28. Transcrevo o original: "*"antitrust is an activity better suited to promote allocative efficiency than income distribution objectives (the latter falling more clearly within the province of taxation, expenditure, and transfer payment activities), such income distribution adjustments might routinely be suppressed.".*

[377] DEPRANO, Michael E.; NUGENT, Jeffrey B. Economies as an Antitrust Defense: Comment. *American Economic Review*, v. 59, n. 5, 1969, pp. 947-953.

[378] SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Quando o ótimo é o melhor amigo do bom: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência*. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/f/fc/Schuartz_-_Quando_o_Bom_%C3%A9_amigo_do_%C3%93timo.pdf. Acesso em: 26.09.2009.

[379] WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, *op. cit.*, p. 28: "*Thus, while economies would remain a defense, any undesirable income distribution effects associated with market power would be counted against the merger rather than enter neutrally as the naive model implies. Inasmuch as*

4.4.1.2 A doutrina do *Price Standard*

As críticas efetivadas ao modelo do *Welfare Standard* conduziram ao desenvolvimento de outro padrão de análise, que leva em consideração a manutenção ou ampliação do excedente do consumidor. Trata-se do *Price Standard*[380], segundo o qual o preço cobrado após a concentração deve ser considerado como a principal variável na análise de eficiências. Nesta perspectiva, reduções efetivas do custo marginal combinadas com pressões competitivas permitiriam que o produtor mantivesse inalterados os preços ou até mesmo os diminuísse após a concentração, com a finalidade de afastar tentativas de entrada dos rivais. Neste caso, o seu lucro já terá aumentando em função da redução dos custos e a rivalidade do mercado (potencial ou efetiva) geraria incentivo para não aumentar os preços (ou até mesmo baixá-los).

O modelo toma a perspectiva de que a fusão não pode ocasionar aumento de preços, já que os benefícios devem ser compartilhados com o consumidor. Assim, o seu excedente deve ser mantido ou até mesmo aumentado (na hipótese de diminuição de preços). Portanto, é um método que preserva o bem-estar do consumidor[381].

O modelo pressupõe que haja significativa diminuição dos custos marginais em razão dos ganhos de eficiência para que, em conjunto com pressões competitivas, não haja incentivos para o aumento de preço, mesmo com o acréscimo no poder de mercado. Nessa perspectiva, ele mantém incólume o critério de Pareto, pois evita transferências de renda de consumidores às empresas fusionadas. Assim, sem aumento de preço não há geração de peso

---

the income redistribution which occurs is usually large relative to the size of the dead-weight loss, attaching even a slight weight to income distribution effects can sometimes influence the overall valuation significantly. Thus, expressing the dead-weight loss (L - (AP) (AQ)) as a ratio of the income distribution effect (I= (AP)Q), and substituting into this ratio the expression for the elasticity of demand (?I), the fraction L/I-= (APIP) - obtains. It is therefore obvious that, except where the elasticity of demand is "high," the dead-weight loss as a fraction of the income distribution effect is relatively small-certainly less than unity. Hence if, as is probably common, the income redistribution which results when market power is increased is regarded unfavorably, an appropriate weighting of this factor will, at least occasionally, upset a net valuation which on resource allocation grounds is positive. Note in this connection that the transfer involved could be regarded unfavorably not merely because it redistributes income in an undesirable way (increases the degree of inequality in the size distribution of income), but also because it produces social discontent."

[380] FISHER, A.; LANDE, R. Efficiency considerations in merger enforcement. *California Law Review*, v. 71, p. 1580-1696, 1983.

[381] CARDOSO, Fernanda G. Análise de eficiências compensatórias: lições dos casos AmBev e Nestlé - Garoto. *Informações FIPE* n. 324, p. 26-30, Setembro de 2007, p. 27-28.

morto nem diminuição do excedente do consumidor, enquanto o excedente total aumentaria substancialmente[382].

Nesse cenário, há ganho de excedente para o produtor sem que haja perda para o consumidor. Em tal caso o consumidor é beneficiado com a fusão mesmo que os preços se mantenham estáveis, pois há o aumento do bem-estar agregado resultante da diminuição dos custos marginais do produtor sem o crescimento do peso morto. Caso haja diminuição do preço, haverá ganho de excedente do consumidor e aumento do bem-estar geral.

Assim, enquanto no *welfare standard* basta que as reduções de custo proporciadas pela fusão superem a perda de peso morto gerada pelo aumento de preços, o modelo do *price standard* exige que o consumidor não sofra nenhum tipo de prejuízo (e seja beneficiado com queda de preços, ou pelo menos com a sua manutenção e concomitante aumento do bem-estar agregado).

Dentre as principais críticas ao modelo do *price standard* destaca-se a de que ele exigiria eficiências muito elevadas, o que, na prática, poderia fazer com que poucas concentrações eficientes fossem aprovadas, podendo tornar letra morta a possibilidade do uso de eficiências compensatórias como uma defesa no controle de atos de concentração[383].

Pondero, no entanto, que o pressuposto do modelo, ou seja, que não haja perda do excedente do consumidor é adotado tanto nos Estados Unidos como na Europa e no Brasil, sem que fosse inviabilizada a apreciação das eficiências como matéria de defesa na análise de atos de concentração. Assim, o argumento de que o padrão mais rigoroso impossibilitaria a apreciação de eficiências não encontra amparo na prática.

4.4.1.3 A doutrina da *consumer choice*

Os partidários da *consumer choice* salientam que o objetivo central do antitruste seria a proteção das opções que são essenciais para o consumidor, relacionadas com preço, variedade, inovação e qualidade. Defendem que na análise de atos de concentração a preservação das

---

[382] POSSAS, Mário Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto0505.pdf. Acesso em: 26.9.2009.

[383] POSSAS, Mário Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. Rio de Janeiro: UFRJ/IE, 2006, p. 7-8. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto0505.pdf. Acesso em: 26.9.2009.

opções significativamente importantes ao consumidor seja levada em consideração. Ressalvam, no entanto, que o método por eles preconizado encaixa-se nas preocupações tradicionais do antitruste (que identificam como: 1- preço, 2- eficiência produtiva e 3- incentivos para a inovação), podendo ser perfeitamente combinada com elas. Assim, não haveria que se reformular profundamente a metodologia, mas apenas efetivar pequenas adaptações, que acarretariam: 1- maior foco na inovação; 2- elevação da preocupação na análise dos efeitos do ato de concentração para os consumidores, 3- incremento da transparência metodológica[384].

Os defensores da *consumer choice* aduzem que há três áreas em que o padrão da escolha é superior ao paradigma preço-eficiência, devendo ser necessariamente utilizado: a) mercados com ausência ou pequena competição em preços; b) mercados com altos custos de procura, em que o consumidor acaba adquirindo produtos ou serviços que não são tão adequados às suas necessidades (por exemplo, nos mercados em que há restrição de publicidade); c) mercados em que os fatores criatividade e inovação são superiores ao fator preço no processo competitivo[385].

No que tange aos mercados caracterizados pela concorrência "não preço" (*non price competition*), o melhor exemplo é o de setores regulados, em que o preço é fixado (ou parametrizado) pelo órgão regulador. Destacam um exemplo em que o modelo de escolha poderia ter sido utilizado para evitar excessiva concentração no mercado de serviços de transporte de táxi no condado de *Montgomery* da cidade de *Washington*. Em tal caso, progressivamente a empresa *Barwood* foi incorporando outras empresas que possuíam licenças para atuar no condado, bem como adquiriu licenças individuais de taxistas que operavam de modo independente, possuindo 80% das licenças disponíveis no condado em 1988. Posteriormente, em 1992 tal posição foi ampliada para um patamar superior a 90% com a aquisição de mais 70 licenças, sendo absolutamente dominante no mercado relevante em questão. As autoridades que administravam a concessão de licenças não demonstraram, a princípio, preocupação com a concentração, na presunção de que como o preço do serviço de táxi era regulado, sendo fixado pelo Poder Público local, não haveria ameaça de danos ao

---

[384] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the "consumer choice approach" to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, p. 175-264, 2007, p. 187.
[385] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the "consumer choice approach" to antitrust law, *op. cit.*, p. 196.

consumidor. No entanto, houve claros sinais de que a qualidade do serviço piorou, com aumento do número de não comparecimentos ou de atrasos dos motoristas em chamadas feitas pelos consumidores. Um dado categórico do decréscimo da qualidade foi o fato do volume de reclamações no condado de *Montgomery* ser quinze vezes superior ao volume registrado no condado vizinho de *Fairfax*, que possui o mesmo número total de licenças (ou seja, a mesma quantidade de veículos autorizados a operar o serviço), mas distribuídas por um número maior de empresas e taxistas independentes (ou seja, apresenta menor grau de concentração).

Nesse caso, os autores ponderam que se a análise não tivesse sido feita exclusivamente pelo prisma do preço, mas também pela preservação da escolha do consumidor, certamente a autoridade concedente não teria sido tão permissiva com a excessiva concentração do mercado, o que teria prevenido a queda de qualidade no serviço.

Outro interessante exemplo refere-se ao mercado da aviação civil, em que houve a recusa dos órgãos de defesa da concorrência dos Estados Unidos em permitir algumas fusões ou acordos multilaterais de redução de capacidade de vôos de empresas de transporte aéreo de passageiros mesmo na época em que o preço da passagem era regulado. Entenderam as autoridades que mesmo não havendo competição em preços, a existência de concorrência seria um importante motivador da concorrência na qualidade dos serviços[386].

Os autores destacam três mercados em particular nos quais a criatividade e inovação são os fatores mais cruciais a orientar o processo competitivo: 1) mercado de comunicação (mídia); 2) mercados de hospitais e 3) mercados de alta tecnologia.

O segmento de hospitais privados é caracterizado por falhas de mercado, principalmente a assimetria de informações. É um segmento em que os consumidores desejam diversidade nos tipos de serviços, mas tem dificuldades na demanda por conta das falhas de mercado.

Os autores apresentam interessante exemplo relacionado a hospitais mantidos por ordem religiosa. Tal caso ocorreu na cidade de Santa Cruz, no Estado da Califórnia, em que uma instituição religiosa passou a controlar três quartos da capacidade local dos hospitais.

---

[386] *United States vs. Civil Aeronautics Board*, 511 F 2d 1315, 1317 (*D.C. Circ*. 1975). O Departamento de Justiça dos Estados Unidos recusou-se a permitir que a autoridade de aviação civil referendasse um acordo multilateral de restrição de capacidade de passageiros por voo entre as empresas, pois teriam efeitos anticompetitivos com reflexos não nos preços, mas na qualidade dos serviços.

Com efeito, a Ordem Dominicana controlava o hospital dominicano Santa Cruz e promoveu a fusão com o hospital AMI-Community. Além de passar a controlar 75% da capacidade hospitalar da cidade, havia ainda o agravante de que o outro único hospital existente (que controlava os 25% restantes) estava localizado em área rural distante cerca de 15 milhas do centro da cidade, o que dificultava o seu acesso. Uma das questões cruciais era que, por ser o hospital controlado por uma ordem de freiras, razões religiosas impunham restrições nos serviços oferecidos, tais como, por exemplo, a ligação de trompas.

Houve um acordo com a FTC endereçado a diversos aspectos da fusão, principalmente quanto aos impactos que ela poderia ter nos preços cobrados dos consumidores[387]. No entanto, não foram incluídas no acordo (*consent decree*) firmado questões relacionadas com a variedade dos serviços ofertados, particularmente em relação à restrição de ligadura de trompas, muito embora, posteriormente, o próprio hospital concordasse em realizar o serviço em algumas hipóteses.

Outro exemplo da relevância do critério da escolha dá-se nos mercados de alta tecnologia, em que a criatividade e a imaginação são atributos essenciais. Os autores entendem que é importante proteger uma variedade de fontes de pesquisa sem, no entanto, desmerecer o argumento da necessidade de elevados recursos para o seu financiamento. Assim, entendem que nem sempre a inovação dependerá da concentração econômica. Pelo contrário, há hipóteses em que é justamente a concorrência que traz os incentivos necessários para o incremento do processo de inovação. Nestes casos Averitt e Lande defendem que o modelo de escolha deveria ser aplicado se estivessem presentes três condições: 1) a indústria em questão apresenta uma história de contínua inovação; 2) a inovação deve ser de tecnologia de ponta; 3) toda inovação bem-sucedida deve ter fortes externalidades positivas.

Um excelente exemplo de aplicação do critério da escolha na área de medicamentos foi a fusão entre a *SmithKline Beecham* e a *Glaxo Wellcome* em que a *Federal Trade Commission* aprovou a fusão com a condição de que houvesse desinvestimentos em seis mercados relevantes, incluindo aqueles em que pesquisa e inovação aparentam ser especialmente importantes. Um aspecto interessante é que em alguns destes mercados as empresas estavam presentes exclusivamente na pesquisa e desenvolvimento não havendo ainda fornecido no

[387] Dominican Santa Cruz Hospital, 118 FTC 382, 389 (1994).

mercado nenhum produto em concreto (justamente por estarem desenvolvendo tais produtos). Assim, a *FTC* expressou a preocupação com inovação como um dos fundamentos das ordens de desinvestimento, adotando-a como um dos objetivos da política de defesa da concorrência[388].

Em um mercado em especial, o ceftazidime (um antibiótico injetável), a FTC entendeu que seria importante manter uma estrutura de três concorrentes independentes. A fusão iria cristalizar uma situação de duopólio na venda do produto com um monopólio na fabricação (já detido pela Glaxo). Com as ordens de desinvestimento haveria a possibilidade de manter-se a estrutura de três firmas vendendo o produto, o que beneficiaria o consumidor[389].

Os maiores problemas em relação ao método estão em sua implementação, já que o critério de preservação de escolha não oferece tanta objetividade quanto o critério tradicional focado em preço e redução de custos. Cientes de que a segurança jurídica impõe metodologias claras e objetivas, os autores apresentam diversas sugestões para a operacionalização do critério.

Em primeiro lugar propõem que sejam feitas duas emendas no guia de análise de concentrações horizontais dos Estados Unidos: no item 0.1 (que trata dos propósitos gerais) e na Secção 2 (que trata dos potenciais efeitos adversos das fusões) a fim de que haja a explícita inclusão da perspectiva da escolha do consumidor como aspecto relevante para a análise dos efeitos das fusões, amenizando a ênfase central na questão do preço. Propõem, ainda, sejam procuradas fontes e informações confiáveis sobre os aspectos essenciais em cada mercado para o exercício do direito de escolha, formando-se um banco de dados a partir da experiência angariada pelos órgãos de defesa da concorrência ao longo dos anos[390].

Sugerem, ainda, a revisão dos limites (*thresholds*) do índice Herfindahl-Hirschman para o estabelecimento de parâmetros que levem em conta a escolha do consumidor. Seriam estabelecidos limites que sinalizariam qual o padrão mínimo aceitável para o exercício

---

[388] Em seu comunicado a FTC esclareceu que: "*Perhaps as importantly, it will ensure that competition occurs in the future in markets where pharmaceutical products are not currently available, but where existing development agreements will no doubt lead to treatments that will benefit U.S. consumers*". Disponível em: http://www.ftc.gov/opa/2000/12/skb.htm. Acesso em 1.10.2009.

[389] Segundo o pronunciamento oficial da FTC: *"The presence of three suppliers has resulted in favorable pricing for consumers - and with this competition eliminated, post-merger prices would likely increase"*. Disponível em: http://www.ftc.gov/opa/2000/12/skb.htm. Acesso em 1.10.2009.

[390] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H., *op. cit.*, fls. 237.

adequado da escolha pelos consumidores Tal parametrização poderia ser feita tanto numa perspectiva de indústria por indústria (a partir da identificação de cada mercado específico) como de maneira agrupada (ou seja, critérios gerais para todos os mercados).

Alternativamente, os autores acentuam que, mesmo que não se emende as Diretrizes e nem se modifique os limites do índice Herfindahl-Hirschman, o padrão de escolha do consumidor poderia ser implementado através de sua inclusão na "regra da razão" utilizada na análise de atos de concentração. Neste contexto, a análise da razoabilidade do ato de concentração poderia incorporar em sua dinâmica aspectos relacionados com o critério de escolha do consumidor, elevando a inovação e a variedade à categoria de fatores chaves na análise dos efeitos do ato de concentração, ao invés de serem consideradas apenas circunstâncias laterais ao aumento de preço.

Nesse contexto, o critério da escolha teria um papel importante no segundo nível de análise, com peso equivalente, por exemplo, ao das barreiras de entrada, à probabilidade de comportamento coordenado e às eficiências. O critério de escolha seria um fator de desempate (*tie-break*): nos casos em que os órgãos de defesa da concorrência analisassem um ato de concentração inserido em um mercado relevante sensível à escolha (como no caso de alta tecnologia) e após a análise dos efeitos no preço estivessem na fronteira entre aprovar a fusão ou desafiá-la, o prisma da escolha seria uma ferramenta de extrema utilidade para orientar a decisão do órgão em um sentido ou outro (ou seja, impugnar ou não a fusão). Serviria também como um incremento da probabilidade da autoridade antitruste impugnar uma operação nos mercados em que o critério de escolha é muito relevante[391].

Averitt e Lande entendem que em determinadas situações o método da escolha poderia ser utilizado até mesmo como defesa por parte das empresas fusionadas. Seria, por exemplo, a hipótese em que eventual aumento de preço pudesse ser comprovadamente compensado por um incremento na inovação. Assim, se por um lado em determinadas situações a restrição à escolha poderia motivar o bloqueio de uma fusão mesmo que não houvesse aumento de

[391] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the "consumer choice approach" to antitrust law.,*op. cit.,* p. 245.

preços, por outro lado eventual elevação de preços poderia ser compensada pelo incremento de inovação[392].

Os autores esclarecem, por fim, que há salvaguardas que podem ser utilizadas para prevenir eventuais utilizações indevidas de procedimentos discricionários por parte das autoridades de defesa da concorrência na execução do critério de escolha. Assim, o paradigma da escolha poderia ser utilizado somente como um critério de "desempate", nas situações em que houver dúvidas entre impugnar ou não um ato de concentração ou como fator de reforço aos argumentos a favor da impugnação. Outra salvaguarda seria utilizar o critério da escolha como uma etapa analítica separada, que ocorreria após as fases de análise das eficiências e do impacto em preços.

A adoção de tais ressalvas torna extremamente pertinente a utilização do critério da escolha em situações que fique bem caracterizado o prejuízo ao consumidor em razão da diminuição significativa das suas opções, sobretudo em mercados caracterizados pela concorrência qualitativa.

4.4.1.4 Contexto normativo nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos não há nas leis antitrustes qualquer menção ao modelo de ponderação de eficiências[393]. A tarefa de normatização foi desempenhada pelos órgãos administrativos.

O Guia de Análise de Concentrações Horizontais do Departamento de Justiça e da *Federal Trade Commission* de 1992 traz, como já referido, um tratamento sistemático das eficiências, aperfeiçoando os instrumentos existentes nas Diretrizes do Departamento de Justiça de 1984. Em 1997 a seção que cuida das eficiências foi reformulada e incorporou expressa referência à necessidade de preservação do excedente do consumidor[394]. Com efeito,

---

[392] *Ibidem*, p. 247.

[393] Assim, não há uma menção específica a que valor privilegiar em nenhum das leis federais editadas, a saber: *Sherman Act*, *Clayton Act*, *Federal Trade Commission Act*, *Hart-Scott-Rodino Act e o Cellar-Kefauver Act*.

[394] KOLASKY, William J. ; DICK, Andrew R., *op. cit.*, p. 230 e PITTMAN, Russell. *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*, EAG 07-9, Washington, DC: Economic Analysis Group, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, June 2007. O autor observa às fls. 6: "*The Horizontal Merger Guidelines of the U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission use a standard that is close to a consumer surplus standard*".

o Guia conduz a uma preferência ao modelo *price standard*, já que a sua seção quarta estabelece que as eficiências devam ser suficientes para evitar que a fusão prejudique os consumidores no mercado relevante, por exemplo, previnindo aumento de preços[395].

Um importante exemplo de aplicação das prescrições sobre a preservação do excedente do consumidor nas atuais Diretrizes de análise de atos de concentração dos Estados Unidos foi o famoso caso de fusão no ramo de supermercados de produtos de escritório (*Staples-Office Depot*). No caso concreto houve profunda divergência sobre quais das eficiências alegadas poderiam ser aceitas.

A *Federal Trade Commission* (FTC) pontuou que seriam passíveis de utilização como defesa apenas as eficiências que fossem específicas do ato (ou seja, não poderiam ser alcançadas sem a concentração) e que pudessem ser adequadamente demonstradas. Assim, afastou diversas das reduções de custo alegadas pelas requerentes. Sustentou que de acordo com as Diretrizes em vigor os ganhos de eficiências são relevantes apenas na medida em que possam ser repassados aos consumidores via redução de preços. Não seria, desse modo, tolerável a perspectiva de aumento de preços, mesmo que houvesse reduções de custos para a empresa. Na hipótese em questão a FTC estimou que a restrição na concorrência trazida pela operação somada ao baixo nível de eficiências geradas teria o condão de trazer um aumento de preços na ordem de 7,1%, o que seria intolerável, motivo pelo qual se opôs à operação. O Poder Judiciário concordou com os argumentos da FTC, concedendo-lhe uma medida cautelar (*preliminary injunction*) para bloquear a concretização da fusão[396].

No entanto, há autores que defendem que os Estados Unidos deveriam adotar o padrão do bem-estar global[397]. Há, ainda, economistas que sopesam os prós e contras dos dois

---

[395] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. H*orizontal merger guidelines.* Washington DC: DoJ/FTC, 1992.Transcrevo o seguinte trecho da seção 4, cuja redação foi revisada em 1997: *"The Agency will not challenge a merger if cognizable efficiencies are of a character and magnitude such that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market. To make the requisite determination, the Agency considers whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to reverse the merger's potential to harm consumers in the relevant market, e.g., by preventing price increases in that market.*

[396] Para o aprofundamento do caso ver: DALKIR, Serdar; WARREN-BOULTON, Frederick. Prices, market definition and the effects of merger: Staples-Office Deport (1997). In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution: economics, competition and policy.* New York, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 143-164.

[397] Destacam-se, entre outros, os estudos de: HEYER, Ken, Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best? *Competition Policy International* v. 2, p. 29-54, 2006; CARLTON, *Dennis W.* Does antitrust need to be

sistemas[398], enquanto outros entendem correto que se mantenha o padrão de análise adotado no guia de análise[399]. Existe, ainda, corrente que defende que o critério da escolha do consumidor deveria ser utilizado nas Diretrizes do Departamento de Justiça e da FTC[400].

Dentre os argumentos mais recorrentes a favor do excedente total destaca-se a sustentação de Carlton de que o método do excedente do consumidor tenderia a favorecer reduções de preço no curto prazo, em detrimento de ganhos de eficiência no longo prazo[401]. Isso ocorreria principalmente porque apenas reduções nos custos variáveis são normalmente aceitas pelas autoridades de defesa da concorrência, que tendem a não levar em consideração diminuições nos custos fixos os quais, por seu turno, seriam importantes, por exemplo, para empresas de alta tecnologia. Assim, o autor entende que uma perspectiva que privilegiasse o bem-estar total e não o bem-estar específico do consumidor seria mais favorável a fusões que realizam reduções de custos fixos.

O próprio autor apresenta um contra-argumento: a possibilidade de se capturar o valor presente dos ganhos futuros em razão do desenvolvimento de novas tecnologias e serviços. Apesar de oferecer essa solução ele destaca dificuldades na estimativa de tais benefícios, ponderando que o critério do excedente total encoraja mais o reconhecimento das economias de custo fixo como benefícios futuros para os consumidores[402].

---

modernized? *Journal of Economic Perspectives*, *v.* 21, *n.* 3**,** pp. 155–176, 2007 e ROSS, Thomas W.; WINTER, Ralph A. The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments. *Antitrust Law Journal* v. 72, p. 471-503, 2005.

[398] Ver: FARRELL, Joseph, and Michael L. Katz. The Economics of Welfare Standards in Antitrust. *Competition Policy International v.* 2, p. 3-28, 2006; e FOER, Albert A. The goals of antitrust: thoughts on consumer welfare in the US. In: MARSDEN, Philip (Ed.). *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006.

[399] A propósito: LYONS, Bruce R., "*Could Politicians Be More Right than Economists? A Theory of Merger Standards*". University of East Anglia, Centre for Competition and Regulation Working Paper CCR 02-1, May 2002; NEVEN, Damien J., and RÖLLER, Lars-Hendrik. Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control. *International Journal of Industrial Organization,* v. 23, 2005, p. 829-848 e FRIDOLFSSON, Sven-Olof. A Consumer Surplus Defense in Merger Control. In: GHOSAL, Vivek and STENNEK, John (Eds). *The Political Economy of Antitrust (Contributions to Economic Analysis)*, v. 282, Elsevier 2007.

[400] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H., *op. cit.*, p. 188.

[401] CARLTON, *Dennis W.* Does antitrust need to be modernized?, op. cit., p. 157: "*The first and perhaps the most significant practical problem with a consumer surplus standard is that, as commonly applied, it tends to favor short-run price reductions over long-run efficiency gains*".

[402] *Ibdem*.

No entanto, é necessário ressaltar que se por um lado efetivamente o método do excedente do consumidor acentua a importância dos custos variáveis, dada a sua sensibilidade ao fator preço, por outro lado a não aceitação da diminuição de custos fixos como defesa em atos de concentração não decorre exclusivamente da utilização do critério do excedente do consumidor. Com efeito, tal recusa decorre de diversos fatores, principalmente da exigência das autoridades de defesa da concorrência de que as eficiências ocorram em um lapso temporal curto (normalmente de no máximo dois anos). Há, ainda, a imposição de que as eficiências sejam específicas da operação, o que tende a ocorrer com maior intensidade em relação aos custos variáveis.

Ademais, a redução dos custos marginais são as eficiências que efetivamente possuem a função de compensar mais diretamente a elevação de poder de mercado alcançada por intermédio do ato de concentração, possuindo um efeito distributivo mais acentuado[403].

De qualquer maneira, mesmo adotando-se uma perspectiva de preservação do bem-estar do consumidor pode perfeitamente ser aceito o argumento de que haverá benefícios futuros para os consumidores, ainda que com eventual possibilidade de aumento de preços no curto prazo, principalmente em mercados caracterizados por alta tecnologia e concorrência "não preço" (*non price competition*) [404]. No entanto, tal circunstância deve ser devidamente comprovada[405] e a eventual dificuldade de demonstração, no entanto, não pode ser aceita como argumento em desfavor do método. Muito pelo contrário, não se pode aceitar um prejuízo certo em troca de um benefício incerto e não comprovado.

Neven e Röller trazem interessante perspectiva. Sustentam que tanto o método que leva em consideração o aumento do bem-estar geral (*welfare standard*) como o que leva em

---

[403] FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003, p. 188. Reproduzo os seguintes argumentos: *"Finalmente é importante notar que o critério proposto por Fisher et alii também implica mudanças nas fontes de eficiências produtivas estáticas ou dinâmicas a serem aceitas por parte do órgãos de defesa da concorrência. Isso porque o critério de "price-standard" implica que somente as economias reais provocadas por uma fusão ou conduta anticompetitiva que tenham impacto sobre os custos marginais – ou, de modo aproximado, sobre os custos variáveis – devem ser incorporadas às análises antitruste, tendo em vista que somente essas geram a possibilidade de, a despeito da (suposta) elevação de poder de mercado gerado por um ato de concentração horizontal ou conduta anticompetitiva, que o preço de equilíbrio da firma fusionada (ou, de forma mais geral condutora da estratégia competitiva) se mantivesse constante pós-mudança"*.

[404] Tal circunstância é inclusive admitida até mesmo pelos partidários da *consumer choice approach*. Ver, a propósito, AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H., *op. cit.*,fls. 237.

[405] Ver, a propósito, as considerações efetivadas no item 3.2.1.3.2 do Capítulo 3 do presente trabalho.

consideração o excedente do consumidor (por eles chamado de *consumer surplus*) apresentam vantagens e desvantagens. Os autores concluem, ao final, que o método do excedente do consumidor é mais atrativo nas situações em que as empresas que participam da fusão possuem capacidade de exercer pressão e influência sobre as autoridades e sobre a opinião pública; a capacidade de aferição da agência sobre as eficiências é baixa; a fusão é de grande amplitude; ou o incremento marginal da fusão é altamente lucrativo[406].

Os autores destacam que normalmente nas fusões de grande extensão (ou seja, que acarretam o domínio de parcela substancial do mercado relevante) o método do excedente do consumidor tende a ter desempenho superior em relação ao método do bem-estar global. Observam, por exemplo, que a onda de fusões ocorrida na Europa no final da década de noventa, teve como característica um tamanho em geral amplo dos atos de concentrações notificados (ou seja, houve diversas operações com alto índice de concentração). Em tal ambiente os autores recomendam a manutenção do *standard* do excedente do consumidor como o método de análise mais apropriado, principalmente tendo em vista que uma significativa proporção das concentrações falha em gerar eficiências significativas[407].

Finalmente, cumpre destacar os seguintes argumentos de Russell Pittman favoráveis à manutenção do padrão de preservação do excedente do consumidor: 1) as transferências do excedente do consumidor para o produtor costumam ter caráter regressivo; 2) neste contexto, não devem ser ignoradas pelas autoridades de defesa da concorrência as consequências distributivas na análise geral das fusões; 3) há forte contestação, tanto da literatura sobre organização industrial quanto (principalmente) da literatura de economia financeira, sobre a presunção de que toda fusão traz automaticamente o alcance de eficiências; 4) mesmo nas fusões de bens intermediários é possível discutir a questão da apropriação do excedente do

---

[406] NEVEN, Damien J., and RÖLLER, Lars-Hendrik, op. cit., p. 829. Transcrevo o original: "*The consumer surplus standard is attractive relative to a welfare standard, when lobbying is efficient, when accountability is low, where mergers are large and when a marginal increase in merger size is highly profitable*".

[407] *Idem*, p. 847. Transcrevo as seguintes observações: "*Hence, low transparence and lager mergers are circumstances that reinforce each other in making a consumer surplus standard more attractive. In terms of policy, ours results suggest that it may be more appropriate for an agency to move towards a welfare standard when transparency and accountability of its procedures are high. The average size of notified mergers has been unusually large in the most recent merger wave (see European Economy, 1999). In such an environment, our analysis implies that maintaining a consumer surplus standard may be appropriate. Finally, it has been argued that a large proportion of mergers actually fail to generate significant efficiencies (see Röller et al., 1999). In this case, a consumer surplus would seem to be more appropriate*".

consumidor; 5) ainda que se dê preferência para o método do excedente total, o ideal é que as agências de defesa da concorrência adotem como critério o padrão da preservação do excedente do consumidor, diante da dinâmica de decisão, que normalmente conduz à tendência de aprovação dos atos de concentração[408].

É interessante destacar a análise que o autor faz das críticas de que a utilização do critério do excedente do consumidor poderia levar a um tratamento leniente dos monopsônios, sendo tolerante com cartéis de compradores[409] ou com concentrações que incrementem o poder de compra das empresas fusionadas[410]. Pittman rebate tais argumentos sustentando que o aumento do poder de compra somente beneficiaria o consumidor final caso as empresas fusionadas tivessem poder de mercado em relação aos seus fornecedores (e, assim, a concentração iria aumentar o seu poder de compra), mas não o tivessem em relação aos seus compradores (os consumidores finais). Nesta hipótese, iriam repassar os benefícios adquiridos com a concentração aos consumidores finais.

No entanto, na visão do autor, tal circunstância não ocorre na maioria dos casos. Assim, se a empresa tiver o incremento de poder de mercado tanto na cadeia de fornecedores (*upstream*) como na relação com os seus compradores (*downstream*) dificilmente haverá repasse dos benefícios da queda de preço aos consumidores, que, pelo contrário, terão que suportar os malefícios da queda de produção dos produtos fornecidos à empresa fusionada em razão do incremento de seu poder de compra. Portanto, em tal hipótese, a fusão não seria aceita sob a perspectiva do método do excedente do consumidor. Neste contexto, o autor defende que na maioria dos casos a utilização do método não levaria a um tratamento tolerante com o monopsônio.

Assim, o repasse aos consumidores dos benefícios do aumento do poder de compra das empresas de varejo é incerto, sendo sempre necessário analisar o prejuízo à concorrência que ele possa acarretar[411].

---

[408] PITTMAN, Russell, *op. cit., passim.*
[409] Crítica feita por CARLTON, Dennis W, *op. cit.*, p. 155.
[410] Ver, a propósito, HEYER, Ken, *op. cit.* e KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. *Antitrust*. Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 575, 2007. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=961264. Acesso em 05.09.2009.
[411] FORGIONI, Paula A. *Contratos de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 576.

Sobre o tema há interessante artigo de economista da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, pontuando que em regra os consumidores não serão beneficiados por fusão que diminui os preços das matérias-primas (ou de outros bens intermediários em razão de elevação do poder de compra.

Em primeiro lugar porque normalmente a fusão não terá efeitos significativos sobre o consumidor final caso a empresa não detenha posição dominante no mercado *downstream*.

Em segundo lugar porque caso a empresa detenha poder de mercado tanto em relação à compra como em relação à venda do produto ou serviço e a elevação do seu poder de compra decorrer do monopsônio (e não de maior eficiência da empresa ou de poder de compra compensatório), a regra é que haverá danos ao bem-estar geral e prejuízo ao consumidor final em razão da restrição da oferta (causada pela diminuição do preço do produto ou serviço intermediário) [412]. Nesse caso, a restrição da oferta aliada ao aumento do poder de mercado da empresa fusionada propiciará condições para aumento de preços ou queda de qualidade ou diversidade dos produtos e serviços, o que prejudicará o consumidor final.

Um exemplo dado para corroborar as afirmações acima destacadas foi o caso Aetna, que foi uma fusão analisada pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos entre as empresas *Aetna* e *Prudential*, que operavam planos de saúde. A Divisão Antitruste concluiu que nas cidades de *Houston* e *Dallas*, nas quais a operadora *Aetna* possuía elevado poder de mercado na venda de planos de saúde, a aquisição iria aumentar significativamente o poder de mercado da empresa para impor preços e outras condições adversas na aquisição dos serviços dos médicos. O Departamento de Justiça entendeu, ainda, que tais condições adversas levariam alguns médicos a abandonar o mercado ou a disponibilizar menos horas de serviço ou dedicar menor atenção aos pacientes da *Aetna*, o que causaria restrições à quantidade e queda da qualidade do atendimento médico, fatores primordiais para os consumidores de planos de saúde, que dificilmente conseguiriam contratar outra operadora do ramo sem pesados ônus, devido aos elevados custos de troca que

---

[412]SCHWARTZ. Marius. *Buyer Power concerns and the Aetna-Prudential merger*. Washington: U.S. Department of Justice Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/3924.htm. Acesso em 05.09.2009. O autor afirma que: "*The belief that consumers must benefit if a merger lowers input price can be wrong for two reasons: (a) the merger may have no effect whatsoever on the output market; (b) if there is an effect, its direction depends on why the input price declines -- efficiencies or monopsony*".

existem[413]. Com fundamento em tais fatos o Departamento de Justiça determinou a realização de desinvestimentos em Dallas e Houston.

Há, ainda, que enfrentar a questão relacionada a operações que são neutras para o consumidor final, ou seja, que não alteram o seu bem-estar. É o que ocorre nas situações em que a empresa não possui poder de fixar os preços para o consumidor final (ou seja, é um tomador de preços). A pergunta é se não obstante a ausência de prejuízo ao consumidor final a autoridade antitruste poderia adotar alguma restrição à operação.

Um interessante exemplo dado pelo autor foi o caso Cargill analisado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Com uma série de aquisições houve um aumento do poder da empresa no mercado de grãos, cujo preço é balizado pelo mercado internacional, já que os grãos são *commodities*. No caso concreto ficou patenteado que o aumento de poder de mercado caracterizaria um monopsônio em que os ganhos da Cargil com a redução de seus custos (obtidos sobretudo pela diminuição dos preços pagos aos produtores de grãos) iria ser inferior aos prejuízos dos produtores e inferior ao peso morto gerado, já que a depressão dos preços causada pelo monopsônio normalmente causa distorções na quantidade vendida, gerando peso morto e reduzindo o bem-estar geral. Por tal motivo, houve oposição da Divisão Antitruste à operação e instaurou-se o debate se poderiam ser impostas restrições à fusão, não obstante a ausência de danos ao consumidor. Concluiu-se, ao final, por tal possibilidade[414].

A adoção do critério do excedente do consumidor não impede a intervenção das autoridades de defesa da concorrência em operações que forem neutras para o consumidor final (ou seja, não gerarem nem ganhos nem perdas), mas causarem prejuízo ao bem-estar geral. Com efeito, embora o interesse do consumidor seja um fator relevante, ele não é o único interesse tutelado na defesa da concorrência.

Outro argumento muito adotado contra o método da preservação do bem-estar do consumidor é o de que os consumidores também podem ser acionistas e trabalhadores das empresas fusionadas e, assim, seriam beneficiados com os ganhos do produtor[415]. No entanto,

---

[413] *United States, et al. v. Aetna, Inc., et al.*, No. 3-99CV1398-H (N.D. Tex.) (Complaint filed June 21, 1999).
[414] *United States v. Cargill, Inc., et al.*, nº 1:99CV01875 (D.D.C.) (Complaint filed July 8, 1999).
[415] Ver, por exemplo: HEYER, Ken, *op. cit. e* FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. The Economics of Welfare Standards in Antitrust. *Competition Policy International v.* 2, p. 3-28, 2006.

deve ser ponderado que apenas uma parcela ínfima dos consumidores de um produto é acionista das empresas que os produzem. Ademais, com a globalização é cada vez maior o número de companhias multinacionais, cujos acionistas normalmente não residem no mercado relevante atingido, o que torna ainda menos pertinente o argumento, principalmente nos países em desenvolvimento que possuem um número relativamente menor de companhias com capital aberto negociadas em suas bolsas nacionais, se comparados com os países mais desenvolvidos[416]. Quanto aos trabalhadores, não há qualquer evidência empírica de que eles são beneficiados com a fusão. Inclusive há inúmeros casos em que após a concentração ocorrem demissões.

Há, ainda, a sustentação de que o processo decisório dos órgãos de defesa da concorrência é composto de várias estruturas hierárquicas, o que torna adequada a utilização de um método mais rigoroso de análise. Isso porque a tendência sempre será de haver muita cautela na decisão de proibir ou impor restrições a um ato de concentração. Como a dinâmica da decisão envolve diversas fases e autoridades, aumenta sensivelmente a probabilidade de não prevalecer a decisão contrária à fusão, que sempre é cercada de excepcionalidade, dado que a regra é a aprovação da fusão. Pittman destaca, por exemplo, que no âmbito da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América o processo decisório envolve quatro instâncias (a seção jurídica, a seção econômica, os assistentes adjuntos e o Assistente do Procurador-Geral). Assim, é necessário que as quatro instâncias concordem com a oposição à operação para que ela seja desafiada junto ao Poder Judiciário, o qual, além de funcionar como uma quinta instância, ainda possui as suas hierarquias internas [417]. Aliás, mesmo na corrente que defende o sistema do excedente total, há autores que entendem que a adoção do método do excedente do consumidor pelas agências antitrustes é melhor, tendo em vista que elas normalmente negociam os termos das restrições com as empresas proponentes da fusão. Assim, como toda negociação envolve a tentativa de harmonizar os interesses das empresas com as concepções das autoridades de defesa da concorrência é melhor partir de um

---

[416] Ver POSSAS, Mário Luiz. *Limites normativos da análise econômica antitruste, op. cit,*, p. 8, nota 18. O autor pondera que: *"A freqüente alegação de que produtores na verdade são acionistas, e estes também são consumidores, é falaciosa: a maioria dos consumidores não são acionistas, e nada permite supor que em cada caso concreto sequer exista uma interseção relevante entre os dois conjuntos"*.

[417] PITTMAN, Russell, *op. cit.*, p. 10-12.

patamar mais rígido, como forma de obter um acordo mais adequado à preservação da concorrência[418].

No caso do Brasil cumpre recordar que há dois órgãos distintos que opinam sobre o processo (a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça), cada qual com suas instâncias decisórias internas[419]. Após os pareceres das duas Secretarias o processo é decidido pelo CADE em estrutura colegiada, o que envolve um mínimo de quatro Conselheiros que coincidam com a decisão de opor-se à operação[420]. Assim, o argumento é válido também em relação à realidade brasileira.

Finalmente, é importante ponderar que não se deve presumir que toda concentração econômica necessariamente alcance as eficiências que projetou produzir. Nesses casos não ocorrem no mundo real as reduções de custos variáveis idealizadas pelas empresas. Assim, não se deve presumir que o simples fato das empresas apresentarem um ato de concentração significa que elas efetivamente produzirão eficiências[421].

Tal circunstância demanda extrema cautela na aferição das alegações das empresas acerca da geração de eficiências econômicas, uma vez que, como demonstrado, elas podem não ocorrer, frustrando muitas vezes expectativas dos próprios acionistas das empresas. Assim, não há que se tomar como inexorável a geração de eficiências, motivo pela qual elas devem ser adequadamente comprovadas, já que não se pode sacrificar um interesse econômico presente do consumidor em troca de um incerto e não comprovado benefício futuro.

Portanto, mostra-se pertinente a manutenção do padrão de análise de eficiências adotado pelo atual guia de análise de concentrações horizontais dos Estados Unidos da América.

---

[418] FARRELL, Joseph; KATZ Michael L., *op. cit.*, p. 28.

[419] Além das chefias de divisão, a decisão sobre o parecer ainda dependeria de aprovação do Secretário Adjunto e do Secretário titular (no caso da Secretaria de Acompanhamento Econômico) e do Diretor do DPDE e do Secretário (no caso da Secretaria de Direito Econômico).

[420] Em hipóteses excepcionais, em razão de vacância ou impedimento, poderia haver uma decisão com três votos, respeitado o quórum mínimo de cinco Conselheiros. No entanto, sempre a decisão dar-se-á por maioria, o que reforça o argumento da dificuldade em se obter uma decisão desfavorável à operação.

[421] PITTMAN, *op. cit.*, p. 7-9 elenca diversos estudos empíricos de economistas estudiosos da organização industrial que demonstram fracassos de fusões em obter as eficiências e sinergias inicialmente projetadas.

4.4.2 Análise da legislação européia

Cumpre observar que até 1989 não havia na União Européia um sistema de controle prévio de atos de concentração, já que não foi diretamente previsto na norma que instituiu a Comunidade Européia (o Tratado de Roma). Predominava a concepção de que a concentração econômica poderia ser benéfica para a Europa, na medida em que levasse à constituição de empresas que pudessem concorrer com as corporações dos Estados Unidos e do Japão[422].

No entanto, paulatinamente a Comissão Européia foi se dando conta que determinadas concentrações econômicas que reforçassem a posição dominante de empresas, eliminando a concorrência de parcela substancial do mercado europeu, poderiam afetar significativamente o comércio no bloco. Nessa perspectiva, tais operações causariam prejuízo aos objetivos de integração econômica, que como já ressaltado, foi elencado como principal objetivo a ser alcançado com a política de defesa da concorrência no início da constituição da Comunidade Européia[423].

Assim, mesmo sem um Regulamento que disciplinasse especificamente o controle de atos de concentração, tanto o art. 85 (atual art. 81) como o art. 86 (atual art. 82) do Tratado de Roma foram utilizados em situações pontuais nas quais houvesse atos de concentração que limitassem substancialmente a concorrência no âmbito comunitário[424].

Dois importantes precedentes jurisprudenciais da Corte de Justiça Européia corroboraram a possibilidade de utilização de tais artigos. O primeiro deles deu-se no julgamento do caso *Continental Can* em que a Corte proibiu uma operação de concentração com base no art. 82 do Tratado de Roma (antigo art. 86). Neste caso a empresa norte-americana *Continental Can* comprou 85,8% da participação acionária da empresa alemã SLW. No ano seguinte formou a empresa denominada *Europemballage Corporation* a qual, por seu turno, adquiriu 91,7% do capital social da empresa holandesa TDV. A operação foi vetada pela Comissão Européia por ter implicado na fusão da maior empresa alemã com a maior

---

[422] CUNHA, Ricardo Thomazinho Da. *op. cit*, p. 108.
[423] Ver item 3.2.1.6 do Capítulo 3, com referência a GERBER, David J. *Law and competition in twentieth century in Europe*, *op. cit.*, p. 347.
[424] Ver, a propósito: COMISSÃO EUROPÉIA. *O problema das concentrações no Mercado Comum*, 1965.

empresa da Benelux[425] no ramo de embalagens. Esta decisão foi posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que o art. 82 do Tratado de Roma impedia compras de concorrentes que aumentassem significativamente a posição dominante e reduzissem substancialmente a concorrência[426]. Assim, desde então se aplicou o entendimento de que atos de concentração que reforcem o poder de mercado de modo a limitar substancialmente a concorrência são tidos como abuso de posição dominante à luz do art. 82 do Tratado.

Posteriormente, no caso Philip Morris-Rothmans a CJE aplicou o art. 85 (atual art. 81) do Tratado de Roma para o controle de modificação do capital social das empresas, estatuindo que "um acordo mediante o qual uma companhia adquire uma participação minoritária numa concorrente pode ser subsumível ao art. 85 na medida em que constitui uma restrição à concorrência" [427].

Ressalto, a propósito, que o art. 81 (antigo art. 85) do Tratado de Roma enumera uma série de acordos entre empresas considerados ilícitos. Estabelece, no entanto, que caso preenchidas as condições estipuladas no art. 81, número 3, tais acordos poderão ocorrer. Entre as condições estipuladas está a exigência de repasse dos benefícios aos consumidores, na forma a seguir transcrita:

> 3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:
> — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas;
> — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e
> — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,
> que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
> a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos.
> b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

[425] Região compreendida por Bélgica, Holanda e Luxemburgo.
[426] CJE, Proc. 6/72, Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc vs. Commission, 1973.
[427] CJE, Process 142 and 156/84, *BAT and Reynolds* v Commission *(Philip Morris/Rothmans)*, 1987.

A Comissão Européia desde 1973 posicionou-se quanto à necessidade de institucionalizar um controle sistemático e prévio de atos de concentração. No entanto, houve um intenso debate entre os países membros. Assim, por exemplo, países que já possuíam legislação interna de controle de concentrações temiam perder poder para a Comissão (especialmente a Inglaterra, a Alemanha e a França). Já países que não possuíam tal controle tinham receio quanto às consequências de sua introdução. Do ponto de vista substancial, três temas suscitavam os maiores debates: os requisitos de notificação (ou seja, qual a dimensão que a operação de concentração deveria ter para ser de obrigatória notificação); a divisão de competências entre a Comissão Européia e as autoridades nacionais de defesa da concorrência; e os critérios de julgamento do mérito das fusões (ou seja, como se daria a ponderação dos efeitos de um ato de concentração sobre a concorrência) [428].

Após intensa discussão foi editado pelo Conselho Europeu o Regulamento CE 4.064, de 1989, que sistematizou o controle prévio dos atos de concentração que tivessem dimensão comunitária. O diploma sofreu modificações veiculadas pelo Regulamento CE 1.310, de 1997, vindo a ser expressamente revogado com a edição do Regulamento CE 139, de 2004, que atualmente disciplina o controle de concentrações na União Européia.

O Regulamento CE 139, de 2004, expressamente inclui entre os seus considerandos que as normas que lhe dão fundamento são os artigos 81, 82, 83 e, principalmente, o art. 308 do Tratado da União Européia[429].

O caráter instrumental da defesa da concorrência fica claro em tais dispositivos, uma vez que aludem a diversos objetivos, que devem ser alcançados de modo harmônico. Assim, o Regulamento das Concentrações Comunitárias afirma que as concentrações empresariais podem trazer benefícios à competitividade das empresas européias[430]. Por outro lado pontua

---

[428] TSOUKALIS, Loukas. *The New European Economy*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

[429] Estabelece o item 7 dos considerandos do Regulamento: "Os artigos 81º e 82º, embora aplicáveis, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a determinadas concentrações, não são suficientes para abranger todas as operações susceptíveis de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado. O presente regulamento deverá, por conseguinte, basear-se não apenas no artigo 83º, mas principalmente no artigo 308º do Tratado, por força do qual a Comunidade se pode dotar dos poderes de acção necessários à realização dos seus objectivos, também no que respeita às concentrações nos mercados dos produtos agrícolas referidos no anexo I do Tratado".

[430] Estabelece o item 4 dos considerandos do regulamento que: "Tais reestruturações deverão ser apreciadas de modo positivo, na medida em que correspondam às exigências de uma concorrência dinâmica que contribui para

que as fusões de grande extensão podem acarretar malefícios ao limitar de modo duradouro a concorrência, o que impõe a existência de um controle prévio e efetivo de tais atos[431].

O Regulamento CE 139, de 2004, estabelece que "*devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entravem significativamente uma concorrência efetiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante*" (art. 2º, 3). Este mesmo artigo estabelece que devam ser levados em consideração os interesses dos consumidores na análise dos efeitos da operação. Com efeito, o art. 2º, nº 1, b, do Regulamento das Concentrações Comunitárias lista os seguintes elementos que devem sopesados na análise dos efeitos de um ato de concentração:

> A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder econômico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e econômico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

Há expressa referência tanto à preservação da possibilidade de escolha como da consecução de vantagens aos consumidores, ficando claro que os efeitos de um ato de concentração não podem ser desfavoráveis ao bem-estar dos consumidores[432].

Ademais, o Regulamento CE 139, de 2004, determina que seja efetivado o estudo das eficiências na ponderação das consequências de um ato de concentração, uma vez que elas podem compensar a restrição da concorrência e, em especial, superar os eventuais efeitos

---

aumentar a competitividade da indústria européia, para melhorar as condições do crescimento e para elevar o nível de vida na Comunidade".

[431] Já o item 7 dos considerandos do Regulamento estabelece que: "No entanto, é necessário garantir que o processo de reestruturação não acarrete um prejuízo duradouro para a concorrência. O direito comunitário deverá, consequentemente, conter normas aplicáveis às concentrações susceptíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste último".

[432] Ver, a propósito, SILVA, Miguel Moura e. *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Lisboa: Almedina, 2008, p. 927. O autor salienta que o Regulamento das Concentrações Comunitárias (RCC) não adotou o paradigma do bem-estar total, segundo o qual poderia ser privilegiada a eficiência auferida à custa do excedente do consumidor em favor do excedente do produtor, desde que houvesse ganhos de excedente total. Afirma o autor que, ao contrário de tal tese, "o artigo 2º, nº 1, alínea b), in fine, do RCC, é, nesse aspecto, categórico: a evolução do progresso técnico só pode ser relevante se, em primeiro lugar, o mesmo for vantajoso para os consumidores e, em segundo lugar, não constituir um obstáculo à concorrência".

negativos sobre os consumidores que a fusão poderia ter caso não as apresentasse. Assim, a norma que admite que as empresas participantes de um ato de concentração aleguem em sua defesa a produção de eficiências, expressamente alude à necessidade de serem gerados benefícios aos consumidores[433].

Cumprindo a determinação do Regulamento CE 139, de 2004, a Comissão Européia editou Comunicação denominada "Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas". No que tange à análise de eficiências a Comunicação deixa claro que elas devem ter natureza compensatória, ou seja, superar os malefícios trazidos pelo reforço à posição dominante, não podendo prejudicar os consumidores. Assim, estabelece que:

> (...) para que a Comissão tome em consideração as alegações de ganhos de eficiência na sua apreciação da concentração e possa concluir que, devido aos ganhos de eficiência, não existem motivos para declarar a concentração incompatível com o mercado comum, tais ganhos de eficiência têm de beneficiar os consumidores, ser específicos da concentração e ser verificáveis.

Dispõe, ainda que tais condições são cumulativas[434]. Consequentemente, é possível afirmar que as Orientações firmaram-se no sentido da prevalência do critério do bem-estar do consumidor[435].

As Orientações estabelecem como norte que os consumidores devem beneficiar-se das eficiências, que necessitam ser substanciais e auferidas em tempo útil (item 79). Inclusive, ao definir os ganhos de eficiência passíveis de consideração, a Comunicação estatui que:

---

[433] Nos considerandos do regulamento consta a seguinte afirmação: "(29) Por forma a determinar os efeitos de uma concentração na concorrência no mercado comum é adequado tomar em consideração as alegações de eventuais e fundamentados ganhos de eficiência apresentadas pelas empresas em causa. É possível que os ganhos de eficiência resultantes da concentração compensem os efeitos sobre a concorrência e, em especial, o potencial efeito negativo sobre os consumidores que poderia de outra forma ter e que, por conseguinte, a concentração não entrave significativamente a concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante. A Comissão deverá publicar orientações sobre as condições em que pode tomar em consideração tais ganhos de eficiência na apreciação de uma concentração".

[434] COMISSÃO EUROPÉIA. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, op. cit., item 78.

[435] SILVA, Miguel Moura e. *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial, op. cit.*, p. 929.

> 80. As concentrações podem provocar diversos tipos de ganho de eficiência susceptíveis de levar a uma redução dos preços ou a outros benefícios para os consumidores. Por exemplo, as poupanças de custos a nível da produção ou da distribuição poderão proporcionar à entidade resultante da concentração a capacidade e o incentivo para cobrar preços inferiores, na sequência da concentração. Tendo em conta a necessidade de apreciar se os ganhos de eficiência proporcionarão um benefício líquido para os consumidores, é mais provável que as eficiências em termos de custos que permitem reduções nos custos variáveis ou marginais sejam relevantes para a apreciação dos ganhos de eficiência do que as reduções dos custos fixos, uma vez que, em princípio, é mais plausível que das primeiras resultem preços mais baixos para os consumidores. As reduções de custos que resultam meramente de reduções anticoncorrenciais na produção não podem ser consideradas como ganhos de eficiência que beneficiam os consumidores.

As Orientações conferem grande importância a eficiências relacionadas com inovação e aumento de capacidade de investimentos em pesquisas e desenvolvimento (item 81). Ressaltam, ainda, o papel que a pressão concorrencial (efetiva ou potencial) possui para que haja incentivos de repasse dos benefícios advindos da eficiência aos consumidores finais, estatuindo que quanto mais extensa a redução maior será o grau de exigência da Comissão quanto ao teor das eficiências, concluindo ser muito improvável que uma concentração que leve a uma posição próxima do monopólio possa ter ganhos de eficiência suficientes para anular os seus efeitos anticoncorrenciais[436].

Em coerência com tais dispositivos, o posicionamento oficial da Direção de Defesa da Concorrência da Comissão Européia é a de que as concentrações são aptas a trazer vantagens associadas à geração de eficiências econômicas e ao incremento da competitividade das empresas européias. Assim, o órgão de defesa da concorrência europeu reconhece expressamente que o aumento de competitividade é um valor positivo das concentrações, algo peculiar à Europa. Pondera, entretanto, que as concentrações, a depender da sua extensão e do aumento do poder econômico angariado, podem ser deletérias, trazendo restrições à concorrência e podendo causar danos aos consumidores. Neste contexto, a tarefa dos órgãos de defesa da concorrência é a de sopesar tais interesses na apreciação de um ato de

[436] COMISSÃO EUROPÉIA. *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, op. cit.*, item 84.

concentração, procurando conciliar o aumento da competitividade das empresas européias com a preservação do bem-estar dos consumidores[437].

Portanto, as normas de defesa da concorrência da União Européia, longe de elegerem a eficiência econômica como o propósito central da política de defesa da concorrência, determinam a sua harmonização com outros escopos importantes, dentre eles a proteção do consumidor[438]. Tal assertiva fica evidente ao se analisar a definição adotada pela Comissão Européia para fusão contrária às normas de defesa da concorrência: aquela que "é propícia a prejudicar os consumidores através de aumento de preços, redução da escolha ou menor inovação"[439].

Há inclusive interessantes exemplos de decisões da Comissão em que houve restrições a fusões empresariais (algumas delas negociadas com as empresas) com a preocupação de evitar a limitação da concorrência e ampliar a possibilidade de escolha dos consumidores.

Assim, na fusão *Unilever/Best foods*, a Comissão entendeu que a concentração reduziria a concorrência no mercado de sopas instantâneas, molhos para massas e geléias, entre outros produtos alimentícios em diversos países membros da União Européia. Foi expressamente pontuado pela Comissão que os consumidores de tais produtos seriam significativamente atingidos pela fusão proposta, que poderia resultar na redução da possibilidade de escolha e em maiores preços. Diante da resistência da Comissão em autorizar a fusão, as partes ofereceram a venda de ativos estimados em um bilhão de euros, relacionados com a fabricação dos produtos descritos como problemáticos. Com tal oferta, a Comissão autorizou a operação[440].

---

[437] Assim, extraem-se da página da internet da Comissão Européia as seguintes afirmações: "*However, some mergers may reduce competition in a market, usually by creating or strengthening a dominant player. This is likely to harm consumers through higher prices, reduced choice or less innovation. Increased competition within the European single market and globalization are among the factors which make it attractive for companies to join forces. Such reorganizations are welcome to the extent that they do not impede competition and hence are capable of increasing the competitiveness of European industry, improving the conditions of growth and raising the standard of living in the EU. The objective of examining proposed mergers is to prevent harmful effects on competition.*". Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/overview_en.html. Acesso em 11.12.2008.

[438] FORGIONI, Paula A. *Contratos de distribuição, op. cit.*, p. 577.

[439] European Commission. *EU Competition Policy and the Consumers*. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/consumer_en.pdf. Acesso em 2.11.2009. Transcrevo o original: "*is likely to harm consumers through higher prices, reduced choice or less innovation*".

[440] Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/mergers.pdf. Acesso em 12.12.2008.

Dois outros exemplos importantes deram-se nos julgamentos de fusões no setor farmacêutico. A primeira envolvendo as empresas *Sanofi/Synthélabo* e a segunda as empresas *Pfizer/Pharmacia*. A Comissão Européia concluiu que ambas restringiam significativamente a concorrência em relação a determinados medicamentos, limitando o poder de escolha dos consumidores em relação a tais remédios. Diante do posicionamento da Comissão, em ambos os casos as partes concordaram em transferir para concorrentes alguns dos seus produtos. Assim, por exemplo, no caso *Sanofi/Synthélabo*, dentre tais medicamentos incluiu-se a vitamina B12, alguns antibióticos, hipnóticos e sedativos. O caso mais célebre foi o que envolveu a fusão *Pfizer/Pharmacia*, pois as partes propuseram a alienação de certos produtos em desenvolvimento que poderiam concorrer com o medicamento Viagra fabricado pela *Pfizer*. A Comissão Européia entendeu que as propostas das empresas eram suficientes para restabelecer a concorrência nos mercados relevantes atingidos e, assim, estariam preservados os interesses dos pacientes que consomem os respectivos medicamentos[441].

Outro importante exemplo é o caso Kesko-Tuko que representou a fusão entre as duas principais redes de varejo da Finlândia. Foram fixados três mercados relevantes: vendas a varejo, *cash-and-carry* e venda de bens de consumo diário. A Comissão entendeu que em todos eles houve o reforço excessivo da posição dominante. No setor de varejo, por exemplo, a fusão alcançou 55% do mercado Finlandês, com presença significativa em todos os mercados regionais. No segmento *cash-and-carry* a concentração alcançou 80%, sendo a única empresa atuante em sete das dezesseis regiões do país e com participação superior a 50% nas demais. Como o mercado de consumo de bens de consumo diário possui no grande varejo e no *cash-and-carry* o seu principal escoamento, ele também foi significativamente afetado pela operação.

A Comissão incluiu entre as suas principais preocupações o reforço do poder de compra das empresas. Assim, a circunstância da empresa adquirir os produtos de maneira mais barata, de dominar as linhas de distribuição e de ter marcas próprias, podendo aumentar o seu poder de negociação e seus preços sem depender dos concorrentes foram fatores que levaram à conclusão de haver elevadas barreiras à entrada de novos competidores, além do fato da Finlândia possuir sérias restrições urbanísticas que tornam difícil a aquisição de imóveis de

---

[441] *ibdem*.

grandes proporções e com localização estratégica[442]. Tais circunstâncias levaram à conclusão de que a concorrência nos mercados de grande varejo e *cash-and-carry* seria inviabilizada, não havendo condições de repasse das vantagens aos consumidores finais. Desta maneira, a combinação de reforço de poder de compra, restrição à concorrência e prejuízos aos consumidores forma fatores que levaram a Comissão Européia a entender que o ato de concentração era incompatível com as normas comunitárias de defesa da concorrência, determinando a sua desconstituição[443].

4.4.3 Condições para aprovação dos atos de concentração na legislação brasileira

A Lei brasileira de defesa da concorrência, como será demonstrado, não destoa dos paradigmas internacionais, na medida em que, por um lado, permite que ganhos de eficiência sejam utilizados como justificativa para atos de concentração mas, por outro lado, estabelece uma série de condições para que tal defesa seja aceita. Dentre tais condições, de forma expressa, exige o repasse dos benefícios aos consumidores. Transcrevo, a propósito, o art. 54 da Lei n$^{o.}$ 8.884, de 1994:

> Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.
> § 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:
> I- tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:
> a) aumentar a produtividade;
> b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
> c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
> II- os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
> III- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
> IV- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

---

[442] CAVALCANTE, Léia Baeta. Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste. *Documento de trabalho nº 30.* Brasília: SEAE/MF, 2004.

[443] Decisão 97/277/CE. Processo IV/M.784 - Kesko/Tuko. Disponível em: .http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31997D0277. Acesso em 08.11.2009.

As condições estabelecidas pelo parágrafo primeiro do art. 54 devem estar **cumulativamente** presentes. A ausência de qualquer uma delas impede que o CADE aprove ato de concentração que implique limitação à concorrência. Nesta hipótese, o CADE está **vinculado** ao **dever** de reprovar a operação.

Portanto a decisão do CADE de aprovar ou rejeitar um ato de concentração não é um ato discricionário, mas sim vinculado[444]. Deste modo, caso o ato não restrinja a concorrência, necessariamente deverá ser aprovado. Já na hipótese de incidir limitação efetiva à concorrência ou ocorrer dominação de mercado, o CADE somente pode aprovar o ato de concentração se: 1) não for eliminada a concorrência de parcela substancial do mercado relevante; e 2) houver eficiências econômicas que: a) sejam específicas da operação; b) não possam ser alcançadas de modo menos restritivo à concorrência; c) sejam compartilhadas equitativamente com os consumidores e usuários finais.

Passo, então, a analisar cada uma das condições estabelecidas nos quatro incisos do § 1º do art. 54 da Lei nº. 8.884, de 1994. No entanto, tratarei com maior profundidade as condiçoes dos incisos II (repartição dos benefícios como os consumidores) e III (não eliminação da concorrência), uma vez que os incisos I (eficiências econômicas) e IV (limites estritamente necessários) já foram tratados no item 4.3 do presente capítulo.

4.4.3.1 Presença de eficiências econômicas compensatórias

A primeira condição estabelecida no art. 54, § 1º relaciona-se diretamente com as eficiências econômicas, uma vez que o seu inciso I refere-se a "*aumento de produtividade; melhoria da qualidade de bens ou serviço; ou efetivação da eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico*".

Aludido inciso torna obrigatória a análise de eficiências econômicas antes da decisão sobre a eventual desaprovação parcial ou total de um ato de concentração. Assim, sempre que

---

[444] NUSDEO, Ana Maria, *op. cit.*, p. 250. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC v. 4, n. 6*, 1997, p. 89. O último autor salienta que a decisão do CADE "não é ato político de governo, conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política de Estado, conforme diretrizes constitucionais e legais".

se deparar com operações passíveis de desconstituição e as partes alegarem a incidência de eficiências, o CADE necessariamente deverá ponderar se elas compensam as restrições trazidas à concorrência.

Neste contexto, a alegação e demonstração da incidência de eficiências constituem ônus das requerentes. Por outro lado, constitui dever do CADE analisar tais eficiências e averiguar se elas são aptas a compensar as restrições à concorrência.

No entanto, não será qualquer eficiência que poderá ser aceita, mas apenas aquelas já elencadas no item 2.1. do presente capítulo. Em suma, elas devem ser específicas da operação, passíveis de demonstração e devem ser suficientemente amplas para compensar as restrições trazidas aos concorrentes.

E, como já afirmado, não bastará a comprovação das eficiências. Será igualmente necessária a demonstração da presença das demais condições estabelecidas no § 1º do art. 54 da Lei nº. 8.884, de 1994, para que o ato de concentração possa ser aprovado.

4.4.3.2 Necessidade de repasse dos benefícios aos consumidores

Estabelece o inciso II do § 1º do art. 54 da Lei nº. 8.884, de 1994, que operações restritivas da concorrência somente poderão ser aprovadas caso “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. Assim, não é suficiente que a operação traga eficiências econômicas, sendo igualmente necessária a garantia de que os benefícios econômicos decorrentes sejam repassados para os consumidores ou usuários finais.

É este o inciso que fundamenta o posicionamento de que a lei brasileira adotou expressamente a preservação do excedente do consumidor como critério de análise de atos de concentração. Assim, a lei nacional determina que o órgão de defesa da concorrência ao analisar atos de concentração restritivos da concorrência somente os aprove caso, além de apresentarem eficiências econômicas, haja condições para que os benefícios decorrentes sejam repartidos com os consumidores.

Neste contexto, não é possível aplicar no Brasil o modelo do *welfare standard* para a análise da suficiência das eficiências. Isto porque, como exposto no item 4.4.1.1, tal modelo permite a transferência do excedente do consumidor para o fornecedor, enquanto que a lei brasileira não autoriza que se aprove ato de concentração com tal característica. Foi este, inclusive, o entendimento adotado pelo CADE no julgamento do caso Nestlé/ Garoto[445].

Desse modo, choca-se com a lei o tópico do Guia de Análise da SEAE/SDE que exige apenas que o resultado final da operação seja positivo, sem se preocupar que o aumento do bem-estar geral seja efetivado com a apropriação do excedente do consumidor[446]. Tratando-se de um ato normativo infralegal, o Guia deve obediência à lei, sendo inválido naquilo que a contrariar[447]. Assevere-se que caso o Projeto de Lei nº 3.937-B, de 2004 venha a ser aprovado pelo Congresso Nacional persistirá a ilegalidade, já que o seu art. 88, § 6º também exige o repasse dos benefícios ao consumidor, como será detalhado no item 4.4.5 do presente capítulo.

Não é tarefa trivial estabelecer garantias prévias de que a empresa vá necessariamente repassar os benefícios decorrentes das eficiências para o consumidor (via aperfeiçoamento da qualidade, melhora do processo produtivo e diminuição de preço, por exemplo). Em outras palavras, é difícil ter plena certeza de que as economias advindas das eficiências não serão capturadas integralmente pela empresa fusionada (para aumento de seu lucro), deixando de ser repassadas aos consumidores e ao mercado.

Nesse contexto, é possível indicar alguns parâmetros mínimos para o melhor cumprimento de tal condição. Em primeiro lugar, entendo que a possibilidade de repasse dos benefícios econômicos depende da existência de um padrão minimamente concorrencial no mercado relevante alvo da fusão, ainda que em patamar menos intenso do que o anterior à

---

[445] AC nº 08012.001697/2002-89 (Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A). Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301611620.pdf. Acesso em 11.11.2008.

[446] O item 85 da Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50 estabelece: "Para que um ato que implique controle de parcela substancial de mercado (Etapa II) em um mercado em que existam condições de exercício de poder de mercado (Etapa III) seja aprovado com base nas eficiências que gera (Etapa IV), é necessário que o efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico da sociedade seja não-negativo, e que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (art. 54, §1º, IV)".

[447] Foi esta a interpretação do CADE no referido AC nº 08012.001697/2002-89 (Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A), como se extrai do seguinte trecho do voto de seu relator às fls. 51: "As requerentes insistiram que o "Guia da SEAE para análise de atos de concentração horizontal" exige apenas que efeitos líquidos da operação sejam não-negativos, sem apontar critérios de equidade, isto é, de quem se apropria dos benefícios e de quem incorre nas perdas de bem-estar. Porém, uma Portaria não pode prevalecer sobre a lei".

concentração. Com efeito, sem que haja concorrentes (efetivos ou potenciais) capazes de contestar aumentos de preços, não existirá incentivo econômico para que a empresa distribua parte dos benefícios advindos das eficiências econômicas aos consumidores e ao mercado.

Em segundo lugar, as eficiências econômicas específicas da operação devem ser de tal magnitude que incentivem a empresa a efetivamente repassá-las aos consumidores (por exemplo, através do aperfeiçoamento da qualidade, melhora do processo produtivo e diminuição de preço). Assim, é imprescindível que o grau das eficiências específicas seja elevado o suficiente para compensar a redução da rivalidade existente e ainda assim trazer racionalidade econômica para o repasse de benefícios advindos da operação.

Obviamente, o grau de eficiências econômicas específicas da operação dependerá de cada caso concreto analisado e a intensidade necessária irá variar de acordo com a dimensão da redução da rivalidade acarretada pela operação.

Neste aspecto, o modelo *price standard* de análise de eficiências aproxima-se mais dos objetivos traçados pela lei brasileira do que o modelo do *welfare standard* [448]. Isto porque ele preconiza eficiências econômicas aptas a reduzir custos sem aumentar os preços.

Importante, no entanto, enfrentar a seguinte indagação: o fato do modelo do *price standard* não exigir necessariamente a queda de preços é uma circunstância apta a afastar a sua aplicação? Tal questionamento é pertinente uma vez que a lei brasileira exige que os benefícios decorrentes do ato de concentração "sejam distribuídos equitativamente" com os consumidores. Caso interpretado literalmente, tal dispositivo determinaria que não houvesse apenas a manutenção dos preços, mas sim a sua queda. Neste contexto, persiste a indagação: seria inapropriado satisfazer-se com a ausência de prejuízo ao consumidor, devendo também ser exigida a presença de vantagem via redução de preço?

A resposta a tal questionamento é complexa e suscita controvérsia na doutrina, havendo críticas de variadas matizes quanto à compatibilidade do método do *price standard* com a legislação brasileira. Destaco, inicialmente, posicionamento de Ian Guerriero no sentido de que o método é adequado do ponto de vista da defesa da concorrência, por permitir uma

---

[448] Posição compartilhada por FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003, p. 218.

análise a partir de variáveis verificáveis e exigir a redução compensatória de custos marginais em patamar suficiente para impedir o aumento de preços. No entanto, o autor pondera que, caso a lei brasileira seja interpretada de modo literal, incide a exigência de que ocorra o aumento do excedente do consumidor em patamar equivalente ao do excedente do produtor, o que acarreta a incompatibilidade do método, que não exige a distribuição equitativa dos benefícios[449].

No entanto, é possível contrapor tal argumento com uma interpretação sistemática do dispositivo do § 1º do art. 54 da Lei nº. 8.884, de 1994. Trata-se de um preceito que indica não propriamente um repasse de benefícios que seja matematicamente idêntico, mas sim a expressa necessidade do interesse do consumidor ser levado em consideração. Neste contexto, Ana Nusdeo considera a expressão um conceito jurídico indeterminado, "uma vez que não é possível quantificar o efetivo benefício gerado pela operação de concentração para seus participantes e para cada consumidor, a fim de verificar a sua equitatividade. Mais precisamente, tem o significado de um imperativo de que os interesses do consumidor sejam observados na decisão dos casos concretos" [450].

Há, ainda, o posicionamento de Mário Possas no sentido de que o método do *price standard* não somente é incompatível com a lei brasileira como é inadequado do ponto de vista metodológico, pois a exigência de reduções de custos tão elevadas pode inviabilizar a utilização da geração de eficiências como defesa em atos de concentração[451]. O argumento foi discutido no item 4.4.1.2 do presente capítulo, com a ponderação de que a maior parte dos órgãos de defesa da concorrência utiliza o critério da preservação do excedente do consumidor sem que tenha havido o risco de inviabilizar a utilização das eficiências econômica como matéria de defesa em atos de concentração.

Luiz Schuartz possui interessante posicionamento em que contextualiza a dicção da Lei nº. 8.884, de 1994 à luz da realidade brasileira. Ressalta, em primeiro lugar, que o método do *welfare standard* não se coaduna com a prescrição da lei de defesa da concorrência, além de

---

[449] GUERRIERO, Ian Ramalho. *Modelos de simulação na análise antitruste: Teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto, op. cit.*, p. 75-76. Ver, ainda, CARDOSO, Fernanda, *op. cit.*, p. 27-28. A autora acentua que a utilização do método não garante uma distribuição equitativa dos benefícios.

[450] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica - o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 256.

[451] POSSAS, Mário Luiz. *Limites normativos da análise econômica antitruste, op. cit.*, p. 7-9.

ser eticamente insustentável um posicionamento que deixe de levar em consideração aspectos distributivos, sobretudo em um país com as desigualdades do Brasil[452].

Por outro lado Schuartz pondera que embora a aplicação do modelo do *price standard* pareça ser lida diretamente da norma do art. 54 da Lei nº. 8.884, de 1994, tampouco o critério deveria ser utilizado em todas as situações, devendo haver uma interpretação sistemática. Portanto, no entender do autor o problema do método é que transfere o foco para o "demandante" que, em algumas situações pode ser muito mais poderoso do que o "ofertante". Exemplifica com o caso do ofertante ser uma empresa de capital aberto e o demandante ser uma empresa pertencente a um grande conglomerado multinacional controlado por uma única família residente no exterior. Assim, o autor defende que as características do "demandante" e do "ofertante" devem ser analisadas em cada caso concreto antes da decisão sobre a aplicação do método do *price standard*[453].

Esse argumento pode ser contraposto com a adoção do conceito finalista de consumidor. Assim, o método da preservação do excedente do consumidor somente seria aplicado nas hipóteses em que entre os "demandantes" atingidos pelos efeitos da fusão estivesse integrada a categoria de consumidor em sentido estrito (o da teoria finalista). Nas demais hipóteses não haveria a aplicação de modelos de preservação de excedente do consumidor, justamente porque nesta hipótese o comprador não pertence a tal categoria.

Se por um lado é possível afastar o argumento da impossibilidade completa de aproveitamento do modelo do price standard, por outro lado, o conjunto das críticas realça um aspecto importante: não é só a variável preço que deve ser observada para dimensionar o bem-estar do consumidor. De nada adiantará a simples manutenção de preço se, por exemplo, houver a supressão do direito de escolha do consumidor, diminuindo o seu bem-estar. Nessa hipótese, o ato de concentração efetivamente não reunirá condições de ser aprovado. Ou seja, além da manutenção dos preços é necessária a presença de outras evidências de benefícios aos consumidores, tais como o aperfeiçoamento da qualidade dos produtos (sem aumento de

---

[452] SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Quando o ótimo é o melhor amigo do bom: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência*, p. 6. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/f/fc/Schuartz - Quando o Bom %C3%A9 amigo do %C3%93timo.pdf. Acesso em: 26.09.2009.

[453] SCHUARTZ, Luiz Fernando, *op. cit.*, p. 7-8.

preços) ou um novo processo de inovação, bem como a demonstração de que não haverá uma desarrozoada restrição do rol de opções apta a neutralizar o seu direito de escolha.

Deste modo, sobretudo nas hipóteses em que o preço não é o melhor elemento de análise, por não ser a principal variável concorrencial de determinado mercado, é relevante a utilização do *consumer choice approach* estudado no item 4.4.1.3 do presente capítulo. Em outras palavras, ao se investigar o eventual repasse de benefícios, além do preço, outros elementos importantes para o consumidor devem ser analisados, tais como a preservação da possibilidade (suficiente, ainda que não perfeita) de escolha e os aspectos qualitativos (em especial aqueles trazidos pelo incremento da inovação).

Atendidas tais ressalvas, não parece razoável a interpretação que leve à rejeição de um ato de concentração pelo simples fato de que não há garantia da queda do preço, mas apenas de sua manutenção. Assim, poderá ser aprovada fusão que proporcione redução de custos suficiente apenas para a manutenção do preço, caso esteja comprovado que ela trará outros benefícios aos consumidores sem neutralizar o seu direito de escolha[454].

Neste contexto, parece válido o ato de concentração que sem eliminar a concorrência de parcela substancial do mercado relevante gere eficiências aptas a reduzir custos sem aumentar os preços e traga outros benefícios aos consumidores (como o aperfeiçoamento da qualidade dos produtos) e não conduza à eliminação da possibilidade de escolha. Obedecidas tais condições, os consumidores terão o repasse de eficiências, já que poderão, por preço idêntico ao anteriormente praticado, adquirir produtos ou serviços de maior qualidade. Neste caso há benefícios líquidos ao consumidor, já que o aumento do excedente total da economia dá-se sem a diminuição do seu excedente e ele teve vantagens qualitativas, cuja ocorrência deverá ser devidamente provada.

Em suma, o repasse equitativo das eficiências econômicas dependerá da existência de um mínimo de concorrência efetiva ou potencial no mercado relevante e de um elevado grau de benefícios, para que haja incentivo à sua distribuição.

---

[454] Obviamente, deverão também estar presentes os demais requisitos legais para a aprovação do ato de concentração. A afirmação assume, assim, que todos eles estejam presentes e que o único óbice imposto à aprovação do ato fosse o fato de que a redução de custos seria suficiente apenas para a manutenção de preços mas houvesse a comprovação da melhoria da qualidade do produto em uma estrutura apta ao exercício do direito de escolha.

4.4.3.3 Impossibilidade de eliminação da concorrência

A condição estabelecida no inciso III do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, desempenha um papel instrumental para que seja alcançada a condição estatuída no inciso II. Com efeito, o repasse de parte dos ganhos auferidos com as eficiências econômicas dependerá não apenas da dimensão da redução dos custos, como também da existência de pressão competitiva. O inciso visa, ainda, preservar a possibilidade de escolha do consumidor[455]. Assim, a concorrência até poderá ser diminuída, em razão dos ganhos de eficiência, mas jamais suprimida de modo substancial.

A doutrina, inclusive, destaca que se a operação suprimir a concorrência de parcela substancial do mercado relevante, ocasionando o domínio de tal mercado, não há ensejo à análise das eficiências alegadas, uma vez que não haveria como repassar tais benefícios aos consumidores ou usuários finais. Nesse caso, a ausência completa de rivalidade retiraria os incentivos econômicos para que a empresa fusionada repassasse aos preços finais as eficiências auferidas. Cumpre, neste contexto, transcrever as seguintes assertivas de Calixto Salomão Filho:

> Especificamente com relação à concentração empresarial, o desrespeito aos interesses acima mencionados – dos concorrentes e dos consumidores – impede a verificação das causas justificadoras das posições de poder no mercado mencionadas respectivamente nos incs. III e II. Com efeito, existentes barreiras à entrada, há eliminação da concorrência de parte substancial do mercado (inc. III). Todos os concorrentes que ainda não estão no mercado estarão automaticamente eliminados do processo anticompetitivo”.[456]

Esse inciso também reforça a centralidade do direito de escolha para a política de defesa da concorrência. Com efeito, o fato de exigir-se, como condição para a aprovação de um ato de concentração, que não ocorra a eliminação de parcela substancial do mercado

---

[455] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 250. A autora aduz que: “*Esse inciso, por um lado, impõe um limite à aplicação de interpretações excessivamente otimistas quanto à possibilidade de distribuição das vantagens do aumento da eficiência, possivelmente advinda do maior poder de mercado. Por outro lado, inclusive em decorrência da posição dada aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência no sistema constitucional, esse inciso estabelece a manutenção das possibilidades de livre escolha pelos consumidores dentro do mercado.*”

[456] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas, op. cit.*, p. 154.

relevante, significa que o legislador vedou a aprovação de ato de concentração que suprima a possibilidade de escolha do consumidor.

Portanto, a lei brasileira exige que o ato de concentração não elimine parcela substancial do mercado relevante como forma de garantir a existência de pressão concorrencial que estimule a empresa a efetivar o repasse de parte dos ganhos de eficiência, além de preservar um mínimo de possibilidade de escolha para o consumidor.

Cabe, no entanto, destacar que não há uma definição objetiva para o significado de "eliminação substancial". Ou seja, não há como definir a *priori* qual o nível de concentração máxima aceitável para concluir-se que não ocorreu a eliminação substancial da concorrência. Isto terá que ser aferido no exame de cada caso concreto.

No entanto, é possível afirmar que a eliminação substancial da concorrência no mercado relevante incide nas situações que combinam alta concentração com a presença de barreiras elevadas à entrada de novos concorrentes. Nesta hipótese, não haverá pressão competitiva suficiente para fazer com que a empresa tenha algum incentivo para repassar os benefícios positivos da fusão, apropriando-se exclusivamente de todos eles. Ademais, suprime-se a possibilidade de escolha do consumidor, afetando o seu bem-estar.

Aliás, a norma brasileira segue a tendência internacional. Assim, por exemplo, há precedentes na União Européia de não autorização de atos de concentração que provoquem reduções substanciais da concorrência. Com efeito, a Comissão Européia somente admite analisar eficiências compensatórias em fusões que não tenham limitado significativamente a concorrência. Entende, ainda, como regra, que uma concentração acima de 50% do mercado relevante incide na categoria de limitação substancial da concorrência[457].

Nos Estados Unidos o atual Guia de Análise de fusões horizontais deixa claro, em sua seção 4, que as eficiências quase nunca justificam uma concentração que chegue a um monopólio ou quase monopólio[458]. Por seu turno, o poder de monopólio tem sido presumido

---

[457] Ver, a propósito Caso C-62/86, Akso/Chemie B.V., 1991.

[458] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. H*orizontal merger guidelines.* Washington DC: DoJ/FTC, 1992. Transcrevo o seguinte trecho da Seção 4, modificada em abril de 1997: "*In the Agency's experience, efficiencies are most likely to make a difference in merger analysis when the likely adverse competitive effects, absent the efficiencies, are not great. Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly.*"

pela jurisprudência dos Estados Unidos nas hipóteses em que a concentração supera o patamar de 50% de participação de mercado e as barreiras à entrada são elevadas[459].

4.4.3.4 Limites estritamente necessários para a geração de benefícios

Estabelece o art. 54, § 1º, IV da Lei nº. 8.884, de 1994, que: "sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados".

O alcance de tal dispositivo já foi comentado no item 4.3 do presente capítulo, em que tratei das eficiências econômicas. Assim, a norma legal corrobora a conclusão de que as eficiências necessitam ser específicas da operação. Com efeito, uma eventual melhoria no processo produtivo que possa ser efetivada sem a necessidade de uma fusão entre empresas concorrentes não serve como justificativa para autorizar o ato de concentração. Em tal hipótese o objetivo visado (ou seja, o aumento da eficiência econômica) poderia ser alcançado de modo menos restritivo à concorrência.

Tal dispositivo também reforça a pertinência de soluções de desconstituição parcial da operação, sempre que isto for possível para restabelecer um padrão adequado de concorrência e permitir a geração de eficiências econômicas. Ao intervir desta forma parcial, o CADE estará adequando a operação aos limites estritamente necessários para geração de eficiências sem prejuízo à concorrência e aos consumidores.

Em suma, a lei brasileira exige que a operação traga eficiências econômicas, consubstanciadas em melhorias que são específicas do ato e que não seriam alcançadas de outro modo, devendo haver garantias de que possam ser distribuídas equitativamente com os consumidores ou usuários finais. Assim, a operação não pode eliminar a concorrência de parcela substancial do mercado relevante e as melhorias devem ser de tal monta a propiciar racionalidade econômica à sua distribuição com os consumidores, mantendo um padrão adequado ao exercício da escolha.

---

[459] Ver, a propósito, Caso *Reazin vs. Blue Cross & Blue Shield* (1987) e *Hunt-Wesson Foods vs. Ragu Foods* (1980).

4.4.3.5 Motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum sem prejuízo ao consumidor

Dispõe o art. 54, § 2º da Lei nº. 8.884, de 1994, que "também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final".

Trata-se de dispositivo que permite afastar uma das três condições do § 1º do art. 54 da Lei nº. 8.884, de 1994, caso estiverem presentes motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e desde que não ocorra prejuízo para o consumidor final.

Tal dispositivo reforça ainda mais a conclusão de que a lei brasileira efetivamente adotou o princípio da preservação do excedente do consumidor. Com efeito, a norma brasileira não permite que em hipótese alguma o ato de concentração possa prejudicar o consumidor, ainda que estabelecido por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum[460]. Neste diapasão, não haverá jamais como ser afastada a condição estabelecida no inciso II do § 1º do art. 54 da Lei nº. 8.884, de 1994.

Desse modo, tal dispositivo estabelece uma exceção relativa à natureza cumulativa das condições estabelecidas no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994. Assim, caso estejam presentes motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, uma das condições estabelecidas na referida norma poderá ser afastada, desde que não haja prejuízo ao consumidor ou ao usuário final.

---

[460] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, *op. cit.*, p. 257 pontua que "apesar da vagueza dos termos utilizados pela lei, há uma imposição clara de um limite à aprovação das operações de concentração: a proibição daquelas cujo aumento do poder de mercado não ameaçado pela concorrência potencial (inexistência de barreiras à entrada) possibilite ao agente econômico aumentar seus preços em prejuízo ao consumidor, mesmo em caso de motivo preponderante da economia nacional. A interpretação que deixe de atentar para esse parâmetro será contrária à lei".

4.5 A jurisprudência do CADE

Destaco, a seguir, precedentes em que o CADE julgou atos de concentração que restringiam a concorrência, o que tornou necessária a apreciação das eficiências econômicas alegadas pelas empresas. Nos julgamentos em questão houve expressa referência à necessidade dos benefícios serem compartilhados com os consumidores, sendo, assim, pertinente a sua análise.

Inicio aludindo ao julgamento da operação em que a empresa Panex S.A. adquiriu a Divisão Rochedo da Alcan Alumínio do Brasil S.A. e efetivou a incorporação e compra parcial da Divisão Penedo pertencente à Alumínio Penedo Ltda. O CADE, por maioria de votos entendeu que a operação, sobretudo no mercado relevante de panelas de pressão, resultava em aumento de posição dominante, em razão da concentração sob uma única empresa das quatro marcas de maior participação de mercado. Julgou, no entanto, que havia dois fatores aptos a minimizar os riscos: a possibilidade de entrada de novos concorrentes e as eficiências econômicas específicas da operação, aptas a reduzir os custos e elevar a qualidade dos produtos, entendendo que elas tinham o potencial de serem compartilhadas com os consumidores. Reproduzo o seguinte trecho das conclusões do voto:

> Assim, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei 8.884/94, considero que a operação visa a realização de sinergias e potencialmente pode gerar benefícios a serem compartilhados com os consumidores. Tais pontos correspondem aos incisos I e II do referido parágrafo legal, condicionantes da aprovação de uma operação de concentração. A efetiva realização dessas potencialidades pode ser garantida mediante a celebração de compromisso de desempenho, nos termos do art. 58 da mesma lei[461].

Cumpre também mencionar o julgamento do ato de concentração que envolveu a Cia. Antarctica Paulista e Anheuser-Bush international Inc. O Plenário do CADE, por maioria de votos, impôs restrições à operação, adotando, como um de seus fundamentos, a ausência de benefícios a serem compartilhados com os consumidores, como se extrai da ementa abaixo transcrita:

---

[461] AC nº 79/1996. Conselheiro Relator: Lucia Helena Salgado e Silva. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000156761603.pdf. Acesso em 10.08.2009. Restou vencido o Conselheiro Arthur Barrionuevo, que, entendendo inexistir posição dominante no mercado, votou pela aprovação do Ato de Concentração sem restrições.

> Aquisição de participação acionária e formação de "Joint Venture". Lei 8.884/94, art. 54. Mercado nacional de cerveja. Estrutura de mercado concentrada. Fortalecimento de posição dominante. Reforço das barreiras à entrada de novos concorrentes. Eliminação de concorrência potencial Desestímulo a entrada de novos "players" independentes no mercado. Não agregação de dinamismo ao mercado. Não geração de eficiências e benefícios a serem compartilhadas com o consumidor A operação supera os limites necessários aos objetivos perseguidos. Não atendimento às condições previstas no § 1° do art. 54 da Lei 8.884/94. Aprovação do ato condicionada à aceitação de condições, mediante Compromisso de Desempenho.[462]

Um dos casos mais célebres foi o julgamento da fusão que originou a AMBEV. A empresa fusionada, com a operação, passou a deter parcela equivalente a 72% das vendas no território brasileiro. Foram definidos cinco mercados geográficos e em todos eles a empresa concentrou mais de 65% das vendas de cerveja, chegando a percentuais superiores a 80% (região nordeste) e 90% (região norte). Foram apontadas significativas barreiras à entrada, sobretudo no que concerne à fixação da marca (em especial gastos com publicidade, tradicionalmente entendidos como *sunk costs*) e com a estrutura de distribuição das cervejas. Assim, havia uma situação de grande concentração, com redução de rivalidade e altas barreiras à entrada, demandando a análise da presença de eventuais eficiências compensatórias[463].

O CADE entendeu demonstrada a presença de eficiências, embora em patamar inferior ao alegado pelas requerentes. A relatora afirmou expressamente que não bastava a demonstração de incidência de eficiências, mas que elas necessitavam ser repassadas aos consumidores. Assim, a lógica adotada no voto condutor do acórdão foi a de que a operação não poderia ser aprovada, nos moldes em que havia sido apresentada. No entanto, poderiam ser impostas restrições que permitiriam a sua aprovação, devidamente disciplinadas em Termo de Compromisso de Desempenho[464]. A grande controvérsia quanto ao acerto da decisão do CADE reside justamente no teor das restrições impostas, que são a seguir descritas.

---

[462] Ato de Concentração n° 83/96 - Requerentes: Cia. Antarctica Paulista e Anheuser-Bush lnternational Inc. Conselheira Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva.

[463] Ato de concentração nº 08012.005846/99-12. Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap e Braco S/A. Relatora: Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva.

[464] *Ibidem*. Transcrevo os seguintes trechos do voto condutor: “A demonstração da existência de eficiências substanciais é pressuposto fundamental para que se formule a possibilidade de compartilhamento das eficiências,

Foi ainda determinada a alienação de uma unidade fabril em cada um dos cinco mercados geográficos definidos, bem como o compartilhamento da rede de distribuição AMBEV com o comprador da marca Bavária, em todas as regiões do Brasil, durante o prazo de 4 (quatro) anos, prorrogável por mais 2 (dois) anos. O CADE também determinou que a AMBEV compartilhasse sua rede de distribuição com 5 (cinco) empresas cervejeiras, pelo prazo de 4 (quatro) anos, uma em cada um dos cinco mercados geográficos fixados no voto da relatora. O CADE proibiu a imposição de exclusividade a pontos de venda, impedindo ainda que a AMBEV executasse os acordos anteriormente firmados, exceto quando os investimentos e benfeitorias fossem equivalentes a uma participação preponderante na formação dos ativos do ponto de venda.

A principal determinação foi a alienação da marca Bavária e a transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados a esta marca (que contava à época da operação com 7% de participação nas vendas no mercado brasileiro) para uma empresa independente (ou seja, sem vínculos com a AMBEV) que não possuísse participação de mercado superior a 5% no mercado nacional. Este foi o aspecto da decisão do CADE que sofreu mais críticas, principalmente pela pouca expressão da marca alienada que, inclusive, entre a data da notificação da operação e a data do leilão perdeu cinquenta por cento de participação de mercado, contando com apenas 3,5% do total. Em contrapartida, a SEAE havia sugerido impor a condição de venda do "negócio" Skol (marca e ativos tangíveis e intangíveis respectivos) e revisão das *joint ventures* existentes neste mercado e a SDE opinou pela venda de uma das três marcas líderes do mercado (Skol, Brahma ou Antártica) e os respectivos ativos tangíveis e intangíveis necessários para a sua fabricação.

A evolução dos fatos demonstrou, ademais, que não era factível impor que a adquirente fosse empresa de pequena expressão. Tanto que a compradora da Bavária (que foi a empresa canadense *Molson*) veio, posteriormente, adquirir a empresa Kaiser, que detinha até então a segunda colocação em vendas no país. Tal circunstância sugere, na visão da doutrina, que a

---

como determina o parágrafo II, §1º do art. 54. Não basta, portanto, demonstrar que os ganhos de eficiência resultantes da operação compensam as perdas alocativas (" peso morto"). Consumidores devem beneficiar-se eqüitativamente das eficiências geradas. Significa dizer que as reduções de custos deveriam ser de tal ordem que o preço que maximiza lucros na situação pós-fusão seria menor do que o preço que maximizava lucros antes da fusão" (fls. 59). Em outra passagem afirmou a relatora: "Por não identificar eficiências substanciais, não há por que assumir a presunção de que as mesmas seriam suficientes para beneficiar o consumidor na ausência de qualquer intervenção do CADE. Entretanto, de fato, haveria espaço teórico para reduções de preços, o que poderia aventar a hipótese de algum tipo de compromisso de desempenho" (fls., 60).

entrada com exclusivo amparo na aquisição da Bavária e de determinadas fábricas não foi suficiente para um adequado posicionamento competitivo (sobretudo para a consolidação de um Sistema próprio de distribuição), o que demandou a aquisição de empresa com maior participação de mercado[465].

O julgamento do CADE em que houve o mais intenso debate sobre a relevância do interesse dos consumidores na análise de atos de concentração foi a apreciação da aquisição da empresa Garoto. A autarquia analisou a operação de compra da totalidade do capital social da empresa Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda., que representou a fusão de dois dos três principais agentes do mercado nacional de chocolates. O caso é importante em razão da metodologia adotada na análise das eficiências econômicas, tendo sido expressamente ressaltada a necessidade de serem preservados os interesses dos consumidores[466].

Com efeito, houve necessidade de ponderação de eficiências, por ter o CADE chegado à conclusão de que a operação limitava a concorrência e somente poderia ser aprovada caso estivessem presentes as condições estabelecidas no art. 54, § 1º, II, da Lei nº 8.884, de 1994. O órgão de defesa da concorrência constatou elevada concentração em dois mercados relevantes[467]. No segmento de chocolates sob todas as formas a Nestlé possuía 33,94% e a Garoto 24,47%, totalizando 58% de concentração, sendo que o outro agente de expressão no mercado possuía 33% de participação. Já no mercado de coberturas de chocolate as participações somadas de Nestlé (66,4%) e Garoto (22,1%) atingiram 88,5%, sendo que a Arcor possuía 11%. Foram feitos estudos que demonstraram a efetiva redução da rivalidade nos mercados de chocolates sob todas as formas e nos de cobertura de chocolate.

Em decorrência das altas concentrações houve a análise das barreiras à entrada de novos concorrentes, constatando-se que elas eram elevadas, principalmente pela fidelidade do consumidor à marca e pela necessidade de constituição de linha de distribuição. Foi sustentada como evidência empírica da dificuldade de entrada no mercado a circunstância de que diversas

---

[465] FARINA, Elizabeth M. M. Q.; AZEVEDO, Paulo Furquim. AMBEV: a fusão e seus efeitos no mercado de cervejas. In*:* MATTOS, César (Org.). *A revolução antitruste no Brasil: a teoria aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 153.

[466] AC nº 08012.001697/2002-89. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301611620.pdf. Acesso em 11.11.2008.

[467] No mercado de achocolatados a soma das participações de Nestlé (58%) e Garoto (3%) atingiu 61%. No entanto, em tal mercado a alta concentração já preexistia, sendo pequena a contribuição da operação para o reforço da posição dominante.

multinacionais de enorme prestígio ingressaram no mercado sem lograr atingir participações de mercado significativas no Brasil, não sendo aptas a contestar a posição dominante das empresas já estabelecidas. Tal fato demonstraria a enorme dificuldade de entrar no mercado nacional de chocolates como um *player* efetivo.

Diante da constatação de que o ato de concentração restringia a concorrência foi necessário empreender a última etapa de análise de um ato de concentração: o estudo das eficiências compensatórias alegadas pela empresa, sendo um julgamento paradigmático por dois motivos.

Em primeiro lugar por ter reforçado a tendência do CADE, inaugurada no caso G. Barbosa[468], de que somente podem ser aceitas as eficiências que sejam específicas da operação, demonstradas de modo razoável, não sejam meramente pecuniárias, compensem integralmente os riscos à concorrência e sejam equitativamente distribuídas com os consumidores. Em decorrência de tais premissas foram afastadas diversas das eficiências alegadas pelas empresas.

Em segundo lugar por ter sido expressamente ressaltado que o método *welfare standard* não poderia ser utilizado para a análise das eficiências, sendo, em contrapartida, mais adequada a utilização, com adaptações, do método *price standard*[469]. Assim, o órgão antitruste entendeu que não bastava a comprovação de que as eficiências traziam diminuições de custo superiores ao peso morto, aumentando o bem-estar agregado. Seria também necessário demonstrar que as reduções de custo fossem de tal monta a não prejudicar o excedente do consumidor (ou até mesmo a aumentá-lo, se seguido ao pé da letra a dicção do inciso II do § 1º, do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994).

---

[468] Ato de Concentração nº 08012.006976/2001-58. Requerentes: BR Participações e Empreendimentos S.A., G. Barbosa e Cia. Ltda. e Serigy. Participações e Empreendimentos Ltda. Conselheiro-Relator: Cleveland Prates Teixeira.

[469] AC nº 08012.001697/2002-89 (Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A). Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301611620.pdf. Acesso em 11.11.2008. O Relator expressamente afirmou às fls. 51 que: "a lei, portanto, obriga que sejam levados em consideração não apenas os efeitos da operação sobre o excedente econômico total, mas especificamente o resultado sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Neste sentido, o modelo price standard se aproxima mais do objetivo traçado pela lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre consumidores e empresas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços".

O CADE, por seu turno, entendeu que a redução mínima deveria ser de 12% dos custos variáveis de produção e distribuição para compensar a restrição à concorrência e impedir o aumento de preços. Em suas substanciosas manifestações, a Nestlé sustentou que as eficiências trazidas pela operação correspondiam a uma redução da ordem de 12% dos seus custos variáveis. Nesse contexto, caso o CADE entendesse que todos os benefícios alegados enquadravam-se no conceito de eficiências compensatórias e estavam devidamente comprovados, a operação seria aprovada por atender aos requisitos do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994.

No entanto, diversas das eficiências alegadas não foram aceitas pelo CADE, que concluiu pela comprovação de redução dos custos variáveis da ordem de apenas 1,47%, o que era insuficiente – qualquer que fosse o modelo de análise utilizado – para compensar as restrições à concorrência, motivando a não aprovação da operação[470].

Cumpre destacar que um dos fundamentos da rejeição do ato de concentração foi a ausência de comprovação de que as eficiências acarretadas pela operação seriam suficientes para evitar a redução do bem-estar do consumidor. Tal motivação fica clara com a leitura do seguinte trecho da ementa do acórdão:

> Eliminação de um dos três grandes players dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações mostram que operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo price standard às condições definidas no §1º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar dano e impedir aumentos de preço. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do Ato [471].

Cumpre também mencionar o julgamento da operação de licenciamento do isotônico GATORADE realizado pela PEPSICO para a Companhia Brasileira de Bebidas (CBB). A

---

[470] Na realidade havia uma divergência quanto à inclusão dos ovos de páscoa no mercado relevante. De qualquer modo asseverou o relator que no máximo estariam comprovadas reduções na ordem de 2,14%, insuficientes para permitir a aprovação do ato de concentração.

[471] AC nº 08012.001697/2002-89 (Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A). Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301611051.pdf. Acesso em 12.12.2008.

CBB já fabricava e comercializava o produto Marathon e, assim, o CADE concluiu que houve uma concentração que atingiu o patamar de 94,25% no mercado de isotônicos artificiais. O órgão entendeu que, nessa hipótese, a operação eliminava parcela substancial da concorrência no mercado relevante, não havendo eficiências que compensassem a restrição concorrencial, muito menos possibilidade de compartilhamento dos benefícios com os consumidores. Assim, por maioria de votos o CADE entendeu que somente se a marca Marathon fosse alienada para um terceiro agente econômico a concorrência seria recomposta, voltando-se ao *status quo ante*, em que as duas marcas eram as líderes de mercado e pertenciam a empresas concorrentes[472]. Reproduzo, a propósito, a ementa do acórdão:

> Ato de Concentração. Operação: licenciamento realizado pela PEPSICO para a CBB, para que esta produza, comercialize e distribua em todo o território brasileiro o produto GATORADE, ocorrendo transferência dos ativos diretamente relacionados à linha de produção deste produto, a qual será efetivada por subsidiária da PEPSICO para a CBB. Setor de atividade envolvido na operação: indústria de bebidas. Mercado relevante: mercado de produtos isotônicos artificiais no território nacional - Hipótese subsumida ao art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação Tempestiva. Existência de manifestações contrárias à operação. Constatação de sobreposição horizontal na ordem de 94,25% do mercado relevante decorrente da operação, uma vez que a CBB produz o isotônico MARATHON. Ato que, na forma apresentada, elimina a concorrência de parcela substancial do mercado relevante. Necessidade de impor restrições que permitam a sua aprovação (art. 54, §9º, da Lei nº 8.884/94). Estabeleceu-se condição de alienação da marca MARATHON e de seus ativos pela CBB [473].

Outro caso em que houve profunda discussão sobre o papel do CADE na preservação do bem-estar do consumidor foi o julgamento da operação que culminou na união das plataformas das duas maiores empresas no setor de Televisão por assinatura transmitida via satélite (DTH) do Brasil: a SKY Brasil Serviços Ltda. e a DirecTV Brasil Ltda. [474]

---

[472] Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30. Requerentes: PepsiCo Inc. (PEPSICO) e Companhia Brasileira de Bebidas (CBB). Conselheiro redator do acórdão: Roberto Pfeiffer. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000106251575.pdf. Acesso em 12.12.2008. Foram impostas pelo CADE as seguintes condições: "(i) a alienação deverá se dar em leilão público, recebendo ampla divulgação, para empresa que não seja correlacionada ao Grupo CBB; (ii) fica a critério da empresa compradora a opção de aquisição da marca dos ativos da Marathon juntamente com a marca; (iii) faculta-se, ainda, à empresa adquirente, a utilização da linha de distribuição da alienante pelo prazo de 6 (seis) meses após a operação; (iv) a empresa compradora deverá assumir o compromisso de efetivamente entrar no mercado."

[473] *Idem ibdem.*

[474] AC nº 53500.029160/2004. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000303071408.pdf. Acesso em 10.12.2008. Foram analisadas duas

No julgamento as maiores preocupações externadas pelo CADE foram: 1) o fato das duas operadoras concentrarem mais de 97% dos assinantes de TV na tecnologia DTH no Brasil; 2) o possível estabelecimento de cláusulas de exclusividade em relação a determinados canais, o que prejudicaria a concorrência, dado que os demais agentes teriam restringido o número de canais que poderiam oferecer aos consumidores; 3) possíveis limitações quanto à geração de programação.

O CADE entendeu que o principal mercado relevante atingido foi o de operadoras de TV por assinatura na dimensão nacional, o que abrangia todas as tecnologias empregadas e não apenas a via satélite (ou seja, a tecnologia DTH) [475]. Tal entendimento foi essencial para possibilitar a aprovação da operação, pois se, em contrapartida, fosse fixado um mercado mais restrito (como, por exemplo, a operação de TV por assinatura por DTH), a operação não poderia ser aprovada, pois conduziria à total eliminação da concorrência. Assim, a partir do mercado relevante envolvido, o CADE concluiu que a concentração foi da ordem de 34% no mercado de TV por assinatura.

Necessário destacar que houve a específica preocupação do CADE com os interesses dos consumidores ao impor uma série de restrições à operação, o que é revelado pelo conjunto de medidas adotadas pela decisão final do órgão. Com efeito, além do preço, a diversidade e qualidade da programação são fatores particularmente importantes tratando-se do consumo de serviços midiáticos[476].

Assim, por exemplo, a decisão de impedir que a operadora resultante da fusão impusesse cláusulas de exclusividade contribuiu para a ampliação da possibilidade de concorrência no setor, ao criar condições propícias para que um maior número de operadoras

---

operações simultâneas. Na primeira houve a aquisição de 34% (trinta e quatro por cento) das ações da Hughes Electronic Corporation pela The News Corporation Limited, e trouxe como consequência no Brasil o controle indireto por esta última da DirecTV Brasil Ltda. Na segunda operação: associação dos negócios das plataformas da Sky Brasil Serviços Ltda. e da Galaxy Brasil Ltda. (que no curso da análise da operação passou a se denominar DirecTV Brasil Ltda.), ambas empresas autorizadas a prestar o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH) em âmbito nacional.

[475] Foram, ainda, fixados diversos mercados relevantes relacionados com a produção de conteúdo midiático.

[476] Ver, a respeito: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de concentração econômica no Setor de Comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. *Revista de Direito da Concorrência*. São Paulo: Thomson, edição especial, p. 56-87, 2003.

tivesse acesso a canais de alta audiência o que, por via reflexa, atende ao interesse dos consumidores em ter uma maior gama de opções[477].

No entanto, sem tirar a importância das medidas relacionadas com a qualidade e diversidade da programação, chama ainda mais atenção o fato do CADE ter imposto a observância de uma Tabela Nacional de Preços. Nesse contexto, determinou o CADE que pelo prazo de 5 (cinco) anos a empresa praticasse um preço único, líquido de ICMS, em todo território nacional para cada pacote de canais oferecido, permitindo apenas promoções locais por períodos determinados de no máximo 90 (noventa) dias.

A lógica foi a de evitar que nos locais em que fosse predominante (ou exclusiva) a tecnologia DTH a empresa abusasse dos consumidores, impondo preço de monopólio. O CADE asseverou que em tais áreas as empresas SKY e DirecTV detinham cerca de 97% dos assinantes, o que tornava importante acatar a sugestão contida no parecer técnico da ANATEL de que a empresa mantivesse uma Tabela Nacional de Preços para que os valores cobrados nas localidades em que a tecnologia DTH não possuísse concorrentes fossem regulados pelos preços praticados nas áreas em que a concorrência fosse efetiva. O voto condutor do acórdão ao justificar a restrição afirmou, com ênfase, que o órgão de defesa da concorrência possui a atribuição de preservar os interesses dos consumidores na apreciação de atos de concentração. É o que se extrai do trecho a seguir transcrito:

> 304. (...) sendo necessário garantir que a empresa não exerça, de alguma forma, poder de monopólio nas regiões onde a sua tecnologia é a única viável. Registro que o d. Procurador-Geral do CADE apontou que a sugestão da ANATEL de imposição de tabela de preço nacional poderia vir a mitigar os riscos de exercício de posição dominante.
> 305. Destaco que as decisões do CADE devem ser consistentes com a defesa do consumidor. Nesse sentido deve ser resguardada a manutenção das condições contratuais dos assinantes da DirecTV na nova empresa resultante da fusão. Uma vez que a concorrência não tem um fim em si mesma, mas no bem-estar da coletividade, devem os efeito mediatos e imediatos resultantes

[477] As maiores preocupações foram referentes à exclusividade em programas de conteúdo nacional, tendo em vista que uma das controladoras da SKY era o Grupo Globo, maior produtor nacional de conteúdo midiático. Assim, determinou-se que as empresas envolvidas no ato de concentração deveriam, durante o prazo de 5 (cinco) anos absterem-se de: "(i) agir de forma discriminatória, favorecendo empresas do referido grupo, em detrimento das concorrentes, nos contratos de aquisição de conteúdo audiovisual; (ii) fornecer, em regime de exclusividade, programação ou conteúdo audiovisual, a quaisquer operadoras de TV por assinatura no Brasil; (iii) exercer direitos de exclusividade, atuais ou futuros, de transmissão no território nacional de qualquer dos 5 (cinco) mais importantes campeonatos de futebol profissional". http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000303071408.pdf. Acesso em 10.12.2008.

> das operações para os consumidores ser levados em conta na aprovação, rejeição ou imposição de restrições a atos de concentração submetidos ao CADE.[478]

Houve ainda, a preocupação em garantir acesso ao conteúdo nacional anteriormente contratado aos consumidores que tinham firmado contrato com a DirecTV previamente à operação (e que seriam absorvidos pela SKY). Foi determinado que a empresa SKY transmitisse os canais pagos de conteúdo brasileiro disponíveis na plataforma da DirecTV Brasil Ltda. para os assinantes que migrassem para a nova plataforma. A tal determinação foram agregadas outras relacionadas com a preservação de conteúdo nacional na programação. A maior preocupação foi o de evitar que um dos acionistas, o Grupo Globo, que é o principal produtor de conteúdo midiático nacional, pudesse vetar a contratação de conteúdo produzido por empresa concorrente. Embora o objetivo mais imediato fosse o de preservar as condições concorrenciais no mercado de geração de conteúdo, é óbvio que o consumidor é bastante beneficiado se houver concorrência efetiva na produção de conteúdo nacional, já que a qualidade e diversidade são valores essenciais no mercado em questão. Consequentemente, a determinação do CADE resguardou o direito de escolha do consumidor, além de ter incentivado o incremento de qualidade na produção de programas com conteúdo nacional.

O caso mais recente de desconstituição de uma operação pelo CADE ocorreu no julgamento da aquisição do negócio de fibras de vidro da Saint Gobain por parte da empresa Owens Corning[479].

O CADE concluiu que a operação limitou substancialmente a concorrência, pois houve excessiva elevação da posição dominante, já que ocorreu sobreposição horizontal que gerou altas participações conjuntas em todos os mercados relevantes (variando entre 72% e 91,5%).

Entendeu ainda o órgão antitruste que após a operação a rivalidade ficou ausente, havendo elevadas barreiras à entrada de novos competidores, além das importações serem insuficientes para evitar o exercício de poder de mercado, sendo consideráveis os custos de

---

[478] Trecho extraído das fls. 75-76 do voto condutor do acórdão. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000229381137.pdf. Acesso em 10.12.2008.

[479] AC nº 08012.001885/2007-11. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em **http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000380631260.pdf**. Acesso em 8.12.2008.

internação, diante da inexistência de uma estrutura consolidada de distribuição de produtos importados.

Concluindo pela alta probabilidade de exercício de poder de mercado, o CADE analisou as eficiências, tendo desconsiderado todas aquelas que não eram específicas da operação. Aceitou como eficiência apenas a realocação da fabricação de famílias de produtos entre as unidades produtivas.

Dessa forma, o CADE entendeu ter ficado caracterizado que os benefícios da operação não seriam compartilhados com o consumidor, pois as eficiências que foram aceitas eram insuficientes para equilibrar a perda social advinda da redução de competição resultante do monopólio. O órgão julgador reprovou a operação no território brasileiro, determinando o desinvestimento da planta de Capivari – SP através da alienação da OCV Capivari Fibras de Vidro Ltda., incluindo todos os ativos tangíveis e intangíveis.

Portanto, foi expressamente utilizada como fundamento para a reprovação da operação a ausência de eficiências em elevado grau que fossem capazes de compensar a elevação de posição dominante e, assim, permitir o compartilhamento dos benefícios da operação com os consumidores[480].

Como se extrai dos exemplos colacionados, o CADE vem interpretando que a legislação de defesa da concorrência não permite a aprovação incondicionada de operações que possam trazer prejuízos aos consumidores. Deste modo, o CADE tem imposto restrições parciais ou, dependendo do caso, até mesmo proibido atos de concentrações que limitem a concorrência sem trazer benefícios que possam ser compartilhados com os consumidores.

No próximo item é analisado se o Projeto que reforma a Lei nº 8.884, de 1994, já aprovado na Câmara dos Deputados e que tramita no Senado Federal, traz modificações na matéria.

---

[480] AC nº 08012.001885/2007-11. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em **http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000380631260.pdf**. Acesso em 8.12.2008.. Tal fundamento fica claro no seguinte trecho da ementa do acórdão: "Desconsideração de eficiências não específicas à operação e não aceitação da redução de custos fixos como fonte de eficiências. Aceitação da realocação da fabricação de famílias de produtos entre as unidades produtivas. Benefícios não compartilhados com o consumidor. Eficiências insuficientes para equilibrar a perda social advinda da redução de competição resultante do monopólio".

4.4.5 Projeto de lei nº 3.937-B, de 2004

Após um amplo debate[481] o Presidente da República apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.877/05, que propunha uma ampla alteração da Lei nº. 8.884, de 1994. Tal proposta foi apensada ao Projeto de Lei nº 3.937, apresentado pelo Deputado Carlos Eduardo Cadoca em 2004. No ano de 2007 foi constituída na Câmara dos Deputados uma Comissão Especial de Defesa da Concorrência para analisar os dois projetos, cujo relator designado foi o Deputado Ciro Gomes. Após uma longa deliberação foi apresentada uma primeira versão do substitutivo do relator em outubro de 2007 que foi objeto de nova rodada de discussões entre os membros da Comissão. Em maio de 2008 foi aprovado o substitutivo final do relator.

Em 17 de dezembro de 2008 o substitutivo foi aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados que, em seguida, remeteu o Projeto de Lei para apreciação do Senado Federal, tendo recebido a denominação de PL nº 06/09. No Senado Federal o Projeto de Lei tramitou pelas Comissões de Assuntos Econômicos e de Ciência e Tecnologia, estando, atualmente, sob apreciação da Comissão de Infra-estrutura[482].

Passo a analisar como o Projeto de Lei trata o papel do bem-estar do consumidor na análise do ato de concentração, principalmente tendo em vista que ao longo de sua tramitação ele chegou a operar uma modificação efetiva nos parâmetros de ponderação das eficiências.

O Projeto de Lei nº 5.877/05[483] proibia a aprovação de ato de concentração que limitasse a concorrência ou conduzisse à dominação de mercado (art. 89, § 1º), mantendo no entanto, as quatro condições estabelecidas atualmente no art. 54, § 1º para aprovação excepcional de tais atos. Estabelecia, porém, algumas importantes distinções. A primeira delas é que tais atos somente poderiam ser aprovados caso atendessem a motivos preponderantes da

---

[481] Antes de virar Projeto de Lei o texto foi intensamente debatido entre autoridades públicas do Poder Executivo Federal e com a sociedade civil, por intermédio de consultas públicas das várias versões do texto. O primeiro grupo de trabalho foi constituído em agosto de 2000 por Decreto do Presidente da República. Planejava-se, então, criar uma agência de defesa do consumidor e da concorrência. Posteriormente, decidiu-se unificar toda a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência no CADE, modelo que prevaleceu no Projeto de Lei aprovado pela Câmara dos Deputados em 2005.

[482] http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=89289. Acesso em 2.12.2010. No Senado nenhum dos relatórios ou pareceres apresentados altera o texto dos §§ 5º e 6º do art. 88 do Projeto aprovado na Câmara, que é a norma que interessa analisar, por dizer respeito ao papel do bem-estar do consumidor na análise de atos de concentração.

[483] Que, como esclarecido, foi apreciado em conjunto com o PL nº 3.937, de 2004.

economia nacional e do bem comum. Em segundo lugar, o dispositivo permitia que uma das quatro condições pudesse ser desatendida, inclusive a relativa ao bem-estar do consumidor. Para deixar mais claras tais afirmações transcrevo o dispositivo correlato (art. 89, § 6º):

> § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que atendidas pelo menos três das seguintes condições, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e bem comum:
> I - cumulada ou alternativamente:
> a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
> b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
> c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; ou
> II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
> III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; ou
> IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

No entanto, tal dispositivo foi modificado pelo Relator após as discussões ocorridas na Comissão Especial de Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados. Na primeira versão do substitutivo do Deputado Ciro Gomes apresentado para deliberação da Comissão Especial, a matéria era tratada no art. 88, §§ 5º e 6º, na forma a seguir transcrita:

> § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.
> § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:
> I - cumulada ou alternativamente:
> a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
> b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
> c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; **ou**
> II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (Grifei).

Este primeiro substitutivo implementava uma mudança substancial em relação aos critérios adotados pelo art. 54, § 1º da Lei nº 8.884, de 1994. Com efeito, além da supressão de

uma das quatro condições até então existentes[484], o substitutivo estabeleceu que as condições listadas nos incisos I e II seriam **alternativas** e não **cumulativas**.

Melhor explicando, o § 6º permitia que uma concentração que restringisse a concorrência pudesse ser aprovada desde que trouxesse benefícios econômicos (as eficiências listadas no seu inciso I). Apesar de exigir que houvesse a prova de que parcela de tais benefícios fosse repassada aos consumidores, por ter utilizado o vocábulo **ou**, tornou os dois incisos **alternativos**. Neste contexto permitiria, por exemplo, a aprovação de uma operação que trouxesse eficiências econômicas aptas a reduzir os custos, mas não em montante suficiente para diminuir ou ao menos manter o preço.

Em outras palavras, esta versão do substitutivo permitia a aprovação de um ato de concentração cujas eficiências eram suficientes para a redução de custos superiores à geração de peso morto (e, assim, aptas a aumentarem o bem-estar agregado), mas não em patamar suficiente para impedir a perda do excedente do consumidor. Portanto, o texto representava uma ruptura substancial em relação ao padrão da lei em vigor, possibilitando, por exemplo, a utilização do método do *welfare standard* na ponderação de eficiências em atos de concentração que restringissem a concorrência. Seria, no entanto, incompatível com o texto constitucional brasileiro, que exige a harmonização da defesa da concorrência com a proteção do consumidor, como discorrido no capítulo 1.

Após mobilização de órgãos e associações de proteção do consumidor, o relator, em comum acordo com os membros da Comissão Especial modificou a redação de seu substitutivo, introduzindo o vocábulo "e" entre as duas condições, que passaram a ser **cumulativas**. Esta última versão foi aprovada posteriormente pelo Plenário da Câmara dos Deputados e remetida ao Senado Federal. Reproduzo o texto conferido ao § 6º do art. 88 pelo Projeto de Lei nº 3.937-B, de 2004:

> § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:
> I - cumulada ou alternativamente:
> a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
> b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
> c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; **e**

[484] Ou seja, a condição estabelecida no art. 54, § 1º, III da Lei nº 8.884, de 1994 (*não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços*).

> II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes" (Grifei).

Desse modo, o Projeto de Lei nº 3.937-B, de 2004 na versão aprovada pela Câmara dos Deputados mantém a premissa da preservação do excedente do consumidor. Com efeito, a regra geral é a proibição de atos de concentração que "impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços" (art. 88, § 5º). No entanto, tais atos poderão ser aprovados desde que, **cumulativamente**, propiciem eficiências econômicas **e** parte relevante de tais benefícios seja repassada aos consumidores (art. 88, § 6º, I e II). E, a exemplo do que ocorre na lei atual, devem ser observados os limites estritamente necessários para atingir as eficiências pretendidas com a operação (art. 88, § 6º).

Portanto, quanto à preservação do excedente do consumidor não houve alteração substancial em relação ao regime atual. O ponto digno de maior destaque foi a substituição da expressão "repartição equitativa dos benefícios" contida na atual redação do art. 54, § 1º, II da Lei nº 8.884, de 1994, pela expressão "repasse de parte relevante dos benefícios decorrentes" contida no art. 88, § 6º, I e II do Projeto de Lei nº 3.937-B, de 2004.

O relator justificou tal modificação com dois argumentos. O primeiro foi o de que não haveria como medir efetivamente se a repartição é equitativa. O segundo motivo foi o de que a exigência de uma distribuição estritamente igualitária acarretaria a não aprovação de fusões que trouxessem efeitos positivos para os consumidores, apesar da maior parte dos benefícios permanecer com os produtores[485].

A expressão adotada pelo substitutivo não altera, substancialmente, o comando da norma contida na atual redação do art. 54, § 1º, II, conferindo-lhe, pelo contrário, maior

---

[485] Transcrevo as justificativas do Relator para tal modificação: "*O Projeto de Lei do Executivo, assim como a Lei atual, estabelecem que, como eficiências compensatórias na análise de atos de concentração, haja uma divisão equitativa dos benefícios da operação entre empresários e consumidores. Tal requerimento dificilmente é exigido na prática, pois sua eventual aplicação a ferro e fogo provavelmente levaria ao bloqueio de uma grande quantidade de operações com efeito líquido largamente positivo ao bem-estar social. Desta forma, substituímos tal requisito por um requisito de que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da operação*". Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/635240.pdf. Acesso em: 07.11.05.

razoabilidade, sendo pertinentes os argumentos suscitados pelo Relator. Assim, mais importante do que medir matematicamente se os benefícios foram repartidos com o consumidor de forma “equitativa” (expressão da atual Lei) ou “relevante” (expressão do Projeto de Lei) é ressaltar que ambas contém o comando de preservação dos interesses dos consumidores na análise dos efeitos de um ato de concentração.

Assim, o Projeto de Lei nº 3.937-B, de 2004, com a redação aprovada na Câmara dos Deputados adota o critério da preservação do bem-estar do consumidor (e, assim, de seu respectivo excedente e do seu direito de escolha) na ponderação das eficiências de uma concentração que restringe a concorrência.

Outro aspecto que merece destaque no Projeto de Lei é que na mudança de tratamento dada à vedação à eliminação da concorrência de parcela substancial do mercado relevante.

Como já ressaltado, o art. 54, § 3º, III da Lei nº 8.884, de 1994, exige como uma das condições cumulativas para aprovação de um ato de concentração que ele não implique *“eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços“*.

Já o Projeto de Lei nº 3.937-B, de 2004 trata o tema de maneira distinta. Com efeito, a vedação à eliminação de parcela substancial da concorrência no mercado relevante aparece como regra geral no § 5º do art. 88 do Projeto de Lei. Por seu turno, o § 6º do art. 88 estabelece as exceções segundo as quais, mesmo na hipótese de eliminação da concorrência de parcela substancial do mercado relevante, há a possibilidade de aprovação do ato de concentração.

Assim, como regra, a eliminação da concorrência de parcela substancial do mercado não pode ocorrer (88, § 5º), salvo se, excepcionalmente, o ato de concentração propiciar eficiências econômicas em grau tão elevado que parte relevante dos benefícios decorrentes possa ser repassada aos consumidores (88, § 6º, I e II).

A princípio, tal modificação impressiona, pois aparenta uma mudança de critério: poderia, em tese, ser permitida fusão que eliminasse a concorrência de parcela substancial do mercado. Não obstante, na prática a modificação é de menor alcance do que aparenta. Isto porque nas situações em que há a eliminação da concorrência de parcela substancial do mercado as eficiências têm que ser de grau muito elevado para compensarem a restrição concorrencial e permitirem que parcela de tais benefícios seja repassada aos consumidores.

Como demonstra a experiência internacional referida no presente capítulo, trata-se de algo que dificilmente ocorre[486].

Ademais, a supressão da concorrência no mercado relevante não poderia ser de tal monta a eliminar a possibilidade de escolha, pois, em tal hipótese, o consumidor não teria benefícios com o ato de concentração, especialmente em situações nas quais prepondera a concorrência "não preço" (*non price competition*).

Desse modo, o critério da preservação do bem-estar do consumidor impõe um limite: a concorrência não poderá ser eliminada a ponto de retirar a pressão competitiva necessária para gerar os incentivos de repasse aos consumidores de parcela relevante dos benefícios proporcionados pelas eficiências econômicas (preservando, assim, o seu excedente), nem suprimir por completo a possibilidade de escolha.

[486] Ver, especialmente, o item 4.4.3.3 do presente capítulo.

CAPÍTULO 5

REPRESSÃO A INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

No presente capítulo são analisados três temas que relacionam bem-estar do consumidor com repressão a condutas anticoncorrenciais. Em primeiro lugar, há o estudo de condutas que podem, ao mesmo tempo, configurar infração contra a ordem econômica e práticas abusivas, sendo importante acentuar a presença de requisitos distintos para cada uma das tipificações, a fim de demonstrar a não incidência de *bis in idem*. O segundo aspecto é o fato de que as multas impostas pelo CADE por infrações contra a ordem econômica revertem para o Fundo Federal de Direitos Difusos e Coletivos, que possui entre as suas atribuições apoiar projetos na área da defesa do consumidor. O capítulo é finalizado com sugestões para o aumento da efetividade das ações coletivas para reparação de direitos individuais homogêneos de consumidores lesados por infrações contra a ordem econômica.

5.1 Práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica

Determinadas condutas configuram, ao mesmo tempo, práticas abusivas (reprimíveis no âmbito da defesa do consumidor) e infrações contra a ordem econômica (sancionáveis pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

O tema é importante por explorar as tangências entre a defesa da concorrência e a proteção do consumidor. Assim, há situações em que ambas as esferas podem ser acionadas para a repressão de uma mesma conduta, que fere direitos específicos dos consumidores e impacta a estrutura concorrencial. A sua repressão interessa duplamente ao consumidor, pois auxilia a resguardar tanto um direito de sua titularidade e o processo concorrencial. Para que isso possa ser operado faz-se necessário demonstrar a não incidência de *bis in idem* nas hipóteses em que tanto o órgão de proteção do consumidor quanto a autoridade de defesa da concorrência sancionam a conduta.

Por outro lado, há situações em que apenas uma das esferas poderá ser utilizada. Por exemplo, determinadas condutas que prejudicam os consumidores sem impactar a

concorrência não configuram infração contra a ordem econômica, podendo, porém, ser enquadradas como práticas abusivas ensejando a utilização da legislação de defesa do consumidor para a sua repressão.

Assevere-se que o tema da tangência entre as esferas de proteção do consumidor e de defesa da concorrência é de extrema atualidade e recebe atenção da doutrina internacional. Nesse contexto, por exemplo, Averitt e Lande destacam que um dos aspectos mais importantes da *consumer choice doctrine* é justamente a sua sinergia com a proteção do consumidor, já que permite uma melhor aproximação entre as autoridades incumbidas da proteção do consumidor e da defesa da concorrência, tanto na troca de informações (sobretudo nas hipóteses em que ambas podem sancionar uma determinada conduta) como na substituição de uma linha de investigação pela outra. Um incisivo exemplo dá-se nas situações em que não há poder de mercado ou a sua existência não é clara, apresentando-se mais adequada a utilização do instrumental da proteção do consumidor[487].

Outro exemplo refere-se aos casos de "aprisionamento" (*lock in*) do consumidor pelo fornecedor, como ocorre, por exemplo, nas situações em que a empresa que vendeu determinado produto exige que o comprador adquira, posteriormente, apenas as peças de reposição de sua marca e o serviço de manutenção por ela prestado.

Na jurisprudência dos Estados Unidos cumpre mencionar o famoso caso Kodak em que as peças de reposição de máquinas reprográficas somente eram vendidas caso fosse utilizado o serviço de manutenção da empresa[488]. Um aspecto que influenciou a decisão da Suprema Corte foi a mudança unilateral e inesperada da política de venda de peças de reposição da empresa. Com efeito, a partir de 1985 a Kodak deixou de vender as peças isoladamente, em um esforço para conter a expansão de empresas independentes de manutenção das máquinas reprográficas por ela fabricadas. Os consumidores viram-se obrigados a utilizar os serviços de manutenção da Kodak caso desejassem utilizar as peças de sua fabricação, sendo atingidos

---

[487] AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the "consumer choice approach" to antitrust law, *op. cit.*, p. 254. Os autores fazem interessante observação: "*Antitrust violations involve conduct that takes place "outside the head" of the consumer and so they imply the existence of market power, whereas consumer protection violations take place "inside the head" of the consumer and so they do not require any particular market context*".

[488] Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services Inc., 504 U.S. 451, 458 (1992).

com maior intensidade os que já haviam adquirido as máquinas, pois tinham a expectativa legítima de utilizar o produto com liberdade, o que deixou de ocorrer posteriormente[489].

Tal entendimento jurisprudencial abriu uma importante via para a utilização de normas de proteção do consumidor. Com efeito, casos semelhantes envolvendo empresas que não possuem poder de mercado têm sido tratados pela *Federal Trade Commission* à luz do direito do consumidor. Assim, a FTC tem entendido que a mudança unilateral e repentina da política de comercialização de peças de reposição não pode ser efetivada após a venda. Nessa hipótese o consumidor foi lesado pela deficiência de informação ou ausência de clareza contratual que o levaram a erro, pois ignorava que sua liberdade de escolha da empresa que faria a manutenção da máquina reprográfica poderia ser posteriormente cerceada em razão da política de restrição de venda de peças de reposição [490].

A relevância do tema impõe a análise das similitudes e distinções entre as práticas abusivas e as infrações contra a ordem econômica, tanto para demonstrar a não incidência de *bis in idem* nas hipóteses em que uma determinada conduta é enquadrada em ambos os tipos, como para haver intercâmbio de informações e de linhas de investigação entre as respectivas autoridades administrativas.

5.1.1 Definição de prática abusiva

Embora o Código de Defesa do Consumidor não defina prática abusiva, apenas arrolando exemplos no seu art. 29, é possível conceituá-la como conduta desconforme com a boa-fé, através da qual o fornecedor busca obter indevida vantagem, abusando da

---

[489] O Caso Kodak é um dos mais famosos e controvertidos da Suprema Corte no tema do direito da concorrência. Foram inúmeros os aspectos discutidos e não apenas a questão da modificação repentina da política de vendas. No entanto, é este o ponto salientado por Averitt & Lande, por relacionar política antitruste e defesa do consumidor. Sobre o caso Kodak e os seus aspectos mais relevantes ver: MACKIE-MANSON, Jefrey.; METZLER, John. Links between vertically related markets: Kodak (1982). In: KWOKA JR., John E. e White, Lawrence J. *The antitrust revolution: economics, competition and policy.* New York, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 386-408.

[490] Orkin Exterminating Co., 108 F.T.C. 147. (1986). Cumpre observar que, à luz da legislação brasileira é bastante duvidoso que mesmo que a conduta fosse válida mesmo que o consumidor fosse previamente avisado, por importar nítida vantagem indevida.

vulnerabilidade do consumidor[491]. Podem ser realizadas tanto antes como durante ou após a contratação, proporcionado desvantagem ao consumidor[492].

A efetivação de uma prática abusiva por parte do fornecedor é um ato ilícito, e nulo de pleno direito, sujeitando-o às sanções e indenizações cabíveis. No campo administrativo, o fornecedor estará sujeito à aplicação das sanções previstas no art. 56 do CDC. No campo cível, deverá prestar ao consumidor a indenização pelos danos materiais e morais praticados, já que lhe deve a reparação integral, nos termos do art. 6º, VII do CDC. Há, ainda, a possibilidade de serem utilizadas ações coletivas para impedir, cessar ou reparar os danos decorrentes de práticas abusivas. Finalmente, algumas práticas são também tipificadas como crime e sujeitam os seus transgressores às sanções criminais existentes[493].

Para as finalidades do presente capítulo interessa destacar a perspectiva da prática abusiva como um ilícito sujeito a sanções administrativas, justamente para explorar as suas distinções com as infrações contra a ordem econômica, aspecto essencial para viabilizar a conclusão de que uma mesma conduta pode configurar, concomitantemente, prática abusiva e infração contra a ordem econômica, sem que haja infringência ao princípio do *ne bis in idem*.

Para a configuração da prática abusiva, o primeiro pressuposto é que tenha sido efetivada no âmbito de uma relação de consumo, a qual pressupõe, assim, a presença de um consumidor (em sentido estrito, nos termos da teoria finalista) e de um fornecedor. Consequentemente, relações típicas do direito civil ou do direito comercial (entre dois empresários) não são aptas à proteção da legislação consumerista e, assim, eventuais abusos cometidos devem ser reprimidos pela legislação que rege a relação, não configurando prática abusiva subsumida ao CDC.

Ademais, a configuração da prática abusiva pressupõe uma desvantagem impingida ao consumidor pelo fornecedor, não sendo, no entanto, necessário demonstrar que ocorreu um

---

[491] BENJAMIN, Antônio Herman. Das práticas comerciais.*Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, *op. cit.*, p. 237. O autor adota a seguinte definição: "Prática abusiva (lato senso) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São - no dizer irretocável de Gabriel A. Stiglitz - 'condições irregulares de negociação nas relações de consumo', condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes".

[492] Há determinadas práticas que reforçam cláusulas igualmente abusivas previstas em contratos. A propósito MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 574. Ver, também, NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva 2006, p. 512 que distingue entre práticas pré, pós e contratuais.

[493] Artigos 4º a 6º da Lei nº 8.137, de 1990.

dano concreto. Em outras palavras, é imprescindível demonstrar a ilicitude da conduta do fornecedor, ainda que ela não tenha causado um dano concreto ao consumidor. Basta, assim, a potencialidade do dano, sendo desnecessária a sua consumação[494].

Igualmente, não é obrigatória a comprovação de que a conduta produziu efeitos limitadores da concorrência. Assim, o sujeito tutelado é o consumidor e para tanto basta a prova de que foi atingida a sua esfera jurídica, mesmo que o mercado não tenha sido afetado. Em outras palavras, para que a venda casada configure uma prática abusiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor é suficiente que ela tenha sido efetivada no âmbito de uma relação de consumo, mesmo que não tenha o condão de prejudicar a concorrência.

Em suma, a prática abusiva tem que ser efetivada no âmbito de uma relação de consumo, implicar em uma conduta desconforme à lei, proporcionando indevida vantagem ao fornecedor, não sendo, porém, necessária a concretização de um dano ao consumidor nem a demonstração de efeitos limitadores da concorrência.

5.1.2 Principais características distintivas da infração contra a ordem econômica

No âmbito das infrações contra a ordem econômica não basta a demonstração da prática de uma determinada conduta para concluir pela ocorrência de infração contra a ordem econômica. Com efeito, averigua-se também a potencialidade da produção de efeitos no mercado, a razoabilidade e o poder econômico do representado.

5.1.2.1 Demonstração da potencialidade de gerar efeitos

O art. 21 da Lei nº 8.884, de 1994 lista um elenco de condutas que, em tese podem configurar infrações contra a ordem econômica. No entanto, esse elenco é meramente exemplificativo[495], pois tais práticas somente irão efetivamente configurar infrações contra a ordem econômica caso gerem os efeitos previstos no art. 20, *caput* da mesma lei.

---

[494] BENJAMIN, Antônio Herman, *op. cit.*, p. 361. O autor assevera ser compreensível que "*tais práticas sejam consideradas ilícitas per se, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude*". NUNES, Antônio Rizzatto, *op. cit.*, p. 512 assevera que as práticas abusivas "*são ilícitas em si, apenas por existirem no mundo fenomênico*".

[495] COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 52: "*A caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos dois dispositivos. A conduta empresarial correspondente a qualquer um dos dois incisos do artigo 21 somente é*

Ademais, trata-se de rol não exaustivo, pois uma determinada conduta que produza ou tenha o potencial de produzir os efeitos descritos no art. 20, ainda que não esteja arrolada no art. 21, pode configurar uma infração contra ordem econômica.

Portanto, para que ocorra uma infração contra a ordem econômica é imprescindível que a conduta tenha o potencial de produzir os efeitos mencionados nos quatro incisos do art. 20, *caput* da Lei nº 8.884, de 1994.

Assim, o núcleo do tipo estabelecido no art. 20, *caput* da Lei nº 8.884, de 1994, vincula a ocorrência de uma infração contra a ordem econômica à capacidade da conduta produzir os efeitos listados em seus quatro incisos, os quais são a seguir reproduzidos:

> I - limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
> II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
> III - aumentar arbitrariamente os lucros;
> IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A lei não exige a produção de efeitos concretos para configurar uma infração contra a ordem econômica, bastando a potencialidade de geração de tais efeitos. Efetivamente, a lei utiliza a dicção "possam produzir", remetendo, assim, aos efeitos potenciais. Portanto, para a inclusão de uma determinada conduta no tipo "infração contra a ordem econômica" não é necessária a comprovação de que foram gerados efeitos concretos, bastando a demonstração de que a conduta possuía o potencial de gerar tais efeitos.

5.1.2.2. Poder de mercado

Outra particularidade das infrações contra a ordem econômica é a necessidade de demonstrar que a empresa investigada possui poder de mercado**,** que consiste na posição de preponderância da empresa no mercado em que se insere, influindo na conduta das demais concorrentes ou, ainda, subtraindo-se à influência dessas últimas, por meio de uma conduta indiferente e delas independente em alto grau.[496]

---

infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no artigo 20". Na jurisprudência do CADE ver, por exemplo, o Processo Administrativo nº 0800.020787/96-92, Rel. Cons. Lúcia Helena Salgado.

[496] Ver, a propósito, as definições de: FARIA, Werter. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 32; FORGIONI, Paula. *Fundamentos do Antitruste*, op. cit., p. 269;

Assim, poder de mercado é comumente definido como a capacidade de uma empresa de fixar preços significativa e persistentemente acima do nível competitivo. É importante ressaltar que o poder de mercado não se expressa somente nos preços. Inclusive, grande parte das condutas consideradas anticompetitivas não ocorre via preços (p.ex., venda casada, exclusividades e recusa de contratar). Mas a definição utilizada é simples e de fácil aplicação, pois implica a lógica de que eleva os preços acima dos custos quem possui poder e é apto a exercê-lo por qualquer outro meio disponível.

A lei brasileira adota, com o mesmo sentido, o conceito de posição dominante (art. 20 da Lei n$^{o.}$ 8.884, de 1994) que, na lição de Paula Forgioni "é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido pelo agente no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado" [497]. Desse modo, há posição dominante sobre um mercado quando uma ou várias empresas podem agir de maneira fundamental sobre as decisões de outros agentes econômicos, por meio de estratégia independente[498].

A definição legal de posição dominante no Brasil é estabelecida pelos §§ 2º e 3º do art. 20 da Lei n$^{o.}$ 8.884, de 1994. Assim, o §2º do art. 20 dispõe que há posição dominante na hipótese da empresa exercer o controle de uma parcela significativa do mercado. Já o §3º do art. 20 estabelece uma presunção (relativa) do que é parcela significativa, prescrevendo que ela ocorre quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

O CADE, aliás, reiterou em diversos julgamentos o entendimento de que é necessária a incidência de poder de mercado para que possa haver a configuração de uma infração contra a ordem econômica[499]. O fundamento de tal posicionamento é que somente com posição

---

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.1 e POSSAS, Mário Luiz; PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. Política de defesa da concorrência e práticas restritivas verticais. *Revista Arché interdisciplinar*, Rio de Janeiro, v.10, n. 29, 2001, p. 124.

[497] FORGIONI, Paula A. Posição Dominante e seu Abuso. *Revista de Direito Econômico*, v. 26, p. 105-137, Ago/Dez. 1997, p. 109.

[498] Ver, a propósito, FARIA, Werter, *op. cit.*, p. 32.

[499] Ver, a propósito, dentre outros: PA nº 57/92, Rel. Conselheiro Antônio Fonseca, DOU de 5.12.1997; Representação nº 147/93, Rel. Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho, DOU de 19.09.97 e PA nº 08000.001755/1995-78 – Rel. Mércio Felsky.

dominante é possível que a conduta gere sobre o mercado relevante os efeitos listados no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994.

No entanto, é necessário realçar exceções a tal regra geral. É o exemplo da empresa que não possui posição dominante no mercado no qual ela cometeu a infração, mas possui poder econômico em outro mercado relacionado. Trata-se da transferência de poder de mercado, que pode ocorrer na venda casada, dentre outros casos. Pensemos também na hipótese de uma empresa que possui posição dominante no mercado de processador de computador e não fabricava monitor de vídeo. Obviamente, é plausível supor que eventual venda casada (por exemplo, condicionar a venda de processadores à aquisição de monitores) possa surtir efeitos mesmo no mercado de monitores, no qual anteriormente ela não possuía participação de mercado. O mesmo raciocínio vale para uma empresa que entra em um novo mercado geográfico. Pensemos, por exemplo, em uma empresa que fabrica derivados de leite e que possui posição dominante nos Estados do Sul e Sudeste do Brasil. Se ela desejar ingressar no mercado do Nordeste, é plausível supor que poderá facilmente transferir a posição dominante por ela desfrutada nos demais Estados.

5.1.2.3 Razoabilidade da conduta

O estudo de particularidades do controle de condutas anticoncorrenciais demanda a menção à "regra da razão", que, como o próprio nome diz, é a análise da razoabilidade da conduta, sopesando-se os seus aspectos positivos *vis a vis* as restrições trazidas à concorrência.

A regra da razão foi desenvolvida nos Estados Unidos, a partir da interpretação conferida pela Suprema Corte ao *Sherman Act*, em especial a sua Seção I, que dispõe: "Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados ou com nações estrangeiras é declarado como ilegal"[500].

Inicialmente a norma sofreu uma interpretação estrita, segundo a qual toda restrição concorrencial seria ilícita, sem uma análise dos efeitos que ela podia surtir e da sua racionalidade econômica. Havia a aplicação linear da lei, proibindo todos os atos que

[500] Tradução livre do original: "*Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*".

implicassem em restrição ao comércio. No entanto, já se notava um intenso debate sobre a pertinência de relativizar a aplicação estrita[501].

Após ampla discussão, a Suprema Corte modificou o seu entendimento inicial, sendo que o julgamento paradigmático foi o caso *Standard Oil*, em que o *Justice* White formulou pela primeira vez o conceito de *rule of reason*, aduzindo que a lei antitruste deve ser construída sob a luz da razão; e, consequentemente, proíbe todos os contratos e combinações que acarretem uma desarrazoada restrição do comércio[502].

Com tal interpretação passaram a ser proibidos apenas os atos que implicassem restrições à concorrência de modo "não razoável". Em outras palavras: seriam permitidas as práticas que não acarretassem restrição desarrazoada à livre concorrência.

Portanto, em seu sentido clássico, a regra da razão exigia que a conduta efetivamente limitasse a concorrência de forma substancial e desarrazoada para ser considerada uma violação ao *Sherman Act*.

Essa passou a ser a interpretação prevalente na jurisprudência dos Estados Unidos. No entanto, algumas condutas continuaram a ter uma aplicação *per se*, ou seja, a mera prática da conduta seria suficiente para a sua configuração como anticoncorrencial, sem necessidade de se investigar, por exemplo, a sua razoabilidade. O principal exemplo é o cartel que, como regra geral, recebe tratamento sob a perspectiva da ilegalidade per se[503]. Nesse caso, a experiência acumulada das autoridades que executam a política de defesa da concorrência

---

[501] Cumpre mencionar, por exemplo, o debate suscitado em *United States v. Trans Missouri Freight Association* 166 US 290 (1897). Prevaleceu, em tal julgamento, a visão do Justice Peckham, de que a introdução da regra da razão acarretaria insegurança jurídica, sendo mais adequada a aplicação estrita da lei. No entanto, o mesmo Justice Peckham, no julgamento do caso *United States vs. Joint Traffic Association*, formulou o que muitos chamam de primeira regra da razão: o Sherman Act vedaria apenas as restrições suportadas direta e efetivamente pelo comércio, o que retirava aquelas que tinham efeitos ancilares. Ver, a propósito: FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste, op. cit.*, p. 183.

[502] *Standard Oil Company of New Jersey v. United States 221 US. 65 (1911).* Ver, a propósito: SHIEBER, Benjamin M. *Abuso do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 72.

[503] Ver, a propósito: US Department of Justice; Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. Washington: DoJ/FTC, 2000. Disponível em: http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf. Acesso em: 13.01.2010. Transcrevo o seguinte trecho: "***Agreements Challenged as Per Se Illegal.*** *Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.*" Há algumas exceções a tal tratamento em relação aos cartéis, mas a regra geral é o sistema de ilegalidade *per se*.

permite antever, *prima facie*, que a conduta restringe a concorrência sem trazer benefícios compensatórios aptos a serem ponderados[504].

Portanto, através da regra da razão é efetivado um balanceamento dos efeitos da conduta ou do ato a fim de averiguar se eles, embora causem eventual restrição à concorrência, acarretam outros benefícios que superam a limitação trazida.

Como pontua Calixto Salomão, a atual formulação da regra da razão nos Estados Unidos entende como contrários ao Sherman Act os atos que impliquem em substancial e **injustificada** restrição à concorrência. Assim, na execução da política de defesa da concorrência nos Estados Unidos, a regra da razão evoluiu para considerar como contrário à lei "somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição *substancial* e injustificável à concorrência"[505].

Os termos "injustificado", "desarrazoado" e "substancial" são abertos, podendo ser interpretados de diversas formas. Durante um tempo, prevaleceu interpretação vinculada à preservação dos pequenos concorrentes[506]. Posteriormente, foram sendo preenchidos pela noção de eficiência econômica, em razão da influência da Escola de Chicago[507].

No entanto, dentre os fatores analisados no âmbito da regra da razão nos Estados Unidos, há grande relevo para a capacidade ou não da restrição concorrencial causar danos aos consumidores.

Cumpre, inclusive, ressaltar que Philip Areeda alude a três testes que são feitos para determinar se uma conduta é contrária à legislação de defesa da concorrência dos Estados Unidos. Assim, a partir de tais testes, procura-se: 1- determinar qual o prejuízo causado ao consumidor; 2- averiguar qual é o objetivo que o ato persegue e se ele apresenta virtudes que justifiquem a restrição causada à concorrência; 3- verificar se não há meio menos lesivo à concorrência para atingir os objetivos visados[508].

Lande e Kirkwood fazem referência a diversos julgamentos das Cortes Federais dos Estados Unidos envolvendo práticas anticoncorrenciais, nas quais há a expressa referência de

---

[504] HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 231.
[505] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas, op. cit.*, p. 152
[506] Tais interesses foram levados em consideração especialmente durante os tempos da *Warren Court*. Ver, sobretudo, o caso *Brown Shoe Company v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962), que foi comentado no Capítulo 3, item 3.2.1.1.1.
[507] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas, op. cit.*, p. 152-153.
[508] AREEDA, Philip. *The rule of reason in antitrust analysis: general issues*. Washington: Federal Judicial Center, 1981, p. 2.

que o teste final para definir se a conduta viola a legislação antitruste é a averiguação de seu impacto nos consumidores[509]. Aduzem, ainda, ao caso *Leegin* no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos pronunciou-se no sentido de que a regra da razão "distingue entre restrições com efeitos anticoncorrenciais que são danosos para os consumidores e restrições que estimulam a concorrência e são efetivadas no melhor interesse dos consumidores"[510].

Obviamente, não se trata de afirmar que a regra da razão nos Estados Unidos está assentada na proteção do consumidor ou que tenha o seu interesse como principal norte. Mas é inegável que a capacidade da conduta restritiva da concorrência causar ou não prejuízo aos consumidores é um dos fatores mais importantes na definição do caráter lícito ou ilícito de uma infração antitruste.

Paula Forgioni contextualiza a regra da razão em um gênero mais amplo, denominado por ela de "válvula de escape" das normas antitruste. Tal gênero teria como espécies, além da regra da razão, o conceito elástico de mercado relevante e o "jogo do interesse protegido". A autora coloca ao lado da regra da razão, típica dos Estados Unidos, as isenções (utilizadas na União Européia) e as autorizações (adotadas no Brasil), conceituando todas como "técnicas destinadas a viabilizar a realização de uma determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização" [511].

---

[509] KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The Chicago School's foundation is flawed: antitrust protects consumers, not efficiency. In: PITOFSKY, Robert. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analy*sis *on U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford University, p. 89-97, 2008, p. 95. Transcrevo a seguinte passagem: "*Many other appellate decisions have also indicated that the ultimate test of whether a practice violates the antitrust law is its impact on consumers. In Microsoft (United States vs. Microsoft Corp., 253, F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)) the C.C. Circuit declared "to be condemned as exclusionary, a monopolist's act must be have an "anticompetitive effect". That is it must harm the competitive process and thereby harm consumers. Both the Eleventh Circuit and the Fourth Circuit have quoted this statement. The Tenth Circuit stated "to be judged anticompetitive, the [conduct] must actually or potentially harm consumers" (SCFC ILC, Inc. v. Visa USA, Inc. 36 F.3d 958, 965 (10th Circ. 1994)). Writing for the Seventh Circuit, Judge Easterbrook echoed the thesis of this article when he declared: "Calling the selection of components for one's product a 'tie-in' does not help to uncover practices that restrict output, drive up prices, and transfer wealth from consumers to producers"(Digital Equip. Corp. v. Uniq Digital Techs., 73 F.3d 756, 761 (7th Circ. 1996))*".

[510] *Leegin, 127 S. Ct. 2705.* Tradução livre do original: "*distinguishes between restraints with anticompetitive effect that are harmful to the consumer and restraints stimulating competition that are in the consumer's best interest*".

[511] Ver, a propósito, FORGIONI, Paula, *Os fundamentos do antitruste, op. cit.*, p. 185-186 que esclarece a técnica jurídica empregada*:* "(...) quando aplicada, essa regra faz com que não haja a composição do suporte fático necessário à incidência da norma que determinaria a ilicitude do ato (no caso, o art. 1º do Sherman Act). Isto é, para que seja composto o suporte fático previsto na hipótese normativa, necessário se faz que a prática em questão restrinja a concorrência de forma não razoável, sendo esse fator componente (indispensável) do mesmo suporte fático. Sem esse, o suporte fático não se completa, a incidência da norma é afastada e, por óbvio, suas

O sistema das isenções previsto na União Européia não é idêntico à regra da razão. Em primeiro lugar porque é explicitado em norma legal, não sendo, portanto, uma construção jurisprudencial. Em segundo lugar porque o *modus operandi* também é diferenciado, já que ocorrem dois pressupostos fáticos: o da primeira norma (que restringe determinado comportamento) e o da segunda norma (que isenta o ato do caráter ilícito)[512].

O principal exemplo é o art. 81 (antigo art. 85) do Tratado de Roma, cujo teor foi parcialmente transcrito no item do Capítulo 4. Assim, enquanto o § 1º do art. 81 proíbe uma série de práticas que possam prejudicar a concorrência no mercado comum (sendo, assim, a norma restritiva), o § 3º do art. 81 estipula que para determinadas situações o art. 81 (1) poderá ser declarado inaplicável. E dentre as condições para que se possa conceder isenção encontram-se as eficiências econômicas. Porém, os benefícios acarretados pelo ato necessitam ser repartidos com os consumidores. Assim, não pode ser conferida a isenção a ato restritivo da concorrência que prejudique o bem-estar do consumidor[513].

Finalmente, no caso do Brasil, prepondera o entendimento de que não foi adotado na legislação brasileira o sistema do ilícito *per se*. No entanto, parece assistir razão à doutrina que entende que não houve propriamente um transplante da regra da razão, já que os sistemas jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos são substancialmente distintos[514]. Assim, a melhor interpretação é a de que o art. 173, § 3º da Constituição Federal, ao aludir a abuso, vedou a condenação *per se*, na medida em que exige um juízo sobre a razoabilidade da conduta, a fim de averiguar se foi abusiva ou não[515].

Assim, além de demonstrar que a conduta tem o condão de produzir efeitos que possam impactar a concorrência, há que se efetivar um juízo de razoabilidade sobre a restrição operada, realizando-se um balanceamento sobre os seus efeitos.

---

consequências (a vedação, a ilicitude) não se produzem. Tem–se, então, como resultado, a licitude da prática restritiva da concorrência".

[512] FORGIONI, Paula, *op. cit.*, p. 185-186

[513] A norma do art. 81, 3, transcrita no item 4.4.2 do Capítulo 4 permite a isenção caso apresentadas diversas condições cumulativas. Assim, devem contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que os benefícios resultantes sejam repartidos com os consumidores, não podendo haver a eliminação da concorrência ou quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos.

[514] BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 155.

[515] GONÇALVEZ, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição.* São Paulo: Singular, 2002, p. 139.

Os parâmetros para o balizamento da interpretação sobre a razoabilidade da conduta são dados, em primeiro lugar, pelos princípios constitucionais estudados no Capítulo 1, em especial a repressão ao abuso do poder econômico, a livre concorrência e a defesa do consumidor. No que tange à lei antitruste, normalmente se alude ao seu art. 20, § 1º, o qual estabelece que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico não caracteriza o ilícito de dominação de mercado[516]. Há, ainda, expressa menção[517] ao art. 54, § 1º da Lei nº 8.884, de 1994, cujo teor foi profundamente estudado no Capítulo 4 e que, sinteticamente, estipula as seguintes condições cumulativas que tornariam ato de concentração limitativo da concorrência passível de aprovação pelo órgão antitruste: eficiências compensatórias; não eliminação da concorrência de parcela substancial do mercado relevante; repartição dos benefícios com os consumidores e inexistência de meio menos restritivo à concorrência para alcançar os objetivos visados[518].

Verifica-se, assim, que se por um lado há alusão às eficiências econômicas, por outro há também à preservação do interesse dos consumidores. Deste modo, o bem-estar do consumidor assume relevância no juízo de ponderação sobre o caráter ilícito de uma conduta que restringe a concorrência[519] o que se alinha, como visto no presente item, com o entendimento esposado nos Estados Unidos e na Europa, embora com técnicas diversas.

Para as finalidades da presente tese interessa, assim, destacar dois aspectos. Em primeiro lugar, que o juízo de razoabilidade torna a infração antitruste um tipo ainda mais aberto. A subsunção de uma conduta ao tipo será mediada por diversos requisitos, principalmente a análise de sua capacidade de produzir efeitos e a sua razoabilidade [520]. Em segundo lugar, que, atualmente, no Brasil e no direito comparado, a capacidade da conduta

---

[516] *Ibidem*, p. 140.

[517] Ver, dentre outros: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas, op. cit.*, p. 152-153; FORGIONI, Paula, *Os fundamentos do antitruste, op. cit.*, p. 192-195 e GONÇALVEZ, Priscila Brólio, *op. cit.*, p. 140.

[518] Ver, a propósito, as considerações efetivadas no item 4.4.3 e respectivos subitens.

[519] Ainda que se entenda que o disposto no art. 54 não possa ser aplicado às condutas, por não haver expressa remissão a tal aplicação, há suporte constitucional para interpretar que configura infração antitruste uma conduta que possui efeito negativo sobre a concorrência e sobre os consumidores.

[520] SILVA, Miguel Moura e. I*novação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: estudo comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Européia*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 130: "(…) a legalidade de uma possível restrição de concorrência deve ser julgada em função do seu impacto concorrencial e não segundo critérios formais tendentes a compartimentar o direito da concorrência segundo categorias típicas demasiado rígidas e formadas sem adequada ponderação dos seus reais efeitos".

restritiva da concorrência prejudicar ou não os consumidores é um dos fatores preponderantes na análise da sua razoabilidade.

Já os tipos do Código de Defesa do Consumidor são menos abertos. A prática abusiva pressupõe, como já dito, uma conduta contrária às prescrições do CDC e a imposição de uma exagerada desvantagem ao consumidor, sem a exigência de produção de efeitos sobre o mercado. No que tange à razoabilidade, o seu exame também não se reveste da mesma sofisticação. Embora não se furte por completo a analisar a razoabilidade da conduta (um excelente exemplo é a venda casada) ela não é tão aprofundada, visando, sobretudo, averiguar se houve ou não prejuízo ao consumidor de maneira contrária ao estipulado em lei.

5.1.3 Ausência de *bis in idem* na dupla capitulação de uma mesma conduta

A configuração de *bis in idem* exige a identidade de partes, fato e fundamento[521]. É possível que uma mesma conduta seja capitulada como infração contra a ordem econômica e como prática abusiva, caso os pressupostos específicos de cada uma estiverem presentes, sem incidir em *bis in idem*, pois são distintas as esferas jurídicas tuteladas, havendo assim diversidade de fundamentos para lastrear a tipificação.

5.1.3.1 Requisitos para a dupla capitulação da venda casada

Excelente exemplo refere-se à venda casada, pois embora a descrição dos tipos no Código de Defesa do Consumidor seja praticamente idêntica, os requisitos de configuração são distintos.

O art. 39, I, do CDC estabelece ser prática abusiva: “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço”.

Tal prática ocorre quando se condiciona a venda de um produto ou serviço à aquisição de outro[522]. Um bom exemplo é o do banco que impõe a aquisição de um seguro de vida ou de

---

[521] ANDRADE, Vítor Morais de. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64.

[522] A outra conduta reprimida como venda casada está na parte final do inciso I do art. 39 do CDC: a imposição, sem justa causa, de limites quantitativos. Tal prática se dá quando é imposta ao consumidor uma quantidade

um plano de previdência privada ao consumidor que deseja a concessão de uma linha de crédito.

O prejuízo ao consumidor é evidente: com tal prática impinge-se a ele a aquisição de um produto ou serviço não desejado, provocando-lhe uma notória perda econômica. Em outras palavras, o consumidor é obrigado a adquirir um produto ou serviço que não desejava, por imposição do fornecedor, que explora a sua vulnerabilidade. No entanto, há que se ponderar para a razoabilidade, uma vez que existe uma série de produtos que normalmente são vendidos de forma conjunta, por ser física, técnica ou economicamente inviável a sua separação[523].

Com efeito, no âmbito do CDC para que a conduta seja capitulada como venda casada é necessária a presença de dois requisitos: 1) ter havido o condicionamento, ou seja, ter sido imposta ao consumidor a condição de que determinado produto ou serviço somente seria alienado caso houvesse a aquisição de outro produto ou serviço; 2) ser possível a separação dos dois produtos. Cabe, assim, ao consumidor demonstração de que a venda de um produto ou serviço foi condicionada à aquisição de outro produto ou serviço. Cabe ao fornecedor o ônus de demonstrar não ser possível a separação por fundadas razões de ordem técnica, física ou econômica.

No entanto, não há a necessidade de se comprovar que a conduta produziu efeitos limitadores da concorrência. Tutela-se a esfera jurídica do consumidor e por isto é suficiente a prova de que ela foi atingida, mesmo que o mercado não tenha sido afetado.

Na jurisprudência do STJ colhe-se interessante exemplo relacionado ao condicionamento de financiamento habitacional à contratação de seguro junto à própria instituição financeira que concedeu o empréstimo. O cerne da discussão foi se havia obrigação legal de que a contratação se desse perante o próprio agente financeiro. Entendeu o STJ que não, sustentando que a lei previa a necessidade de contratação de seguro, circunstância

---

mínima ou uma quantidade máxima. de um produto ou serviço. Em outras palavras, ocorre quando o fornecedor nega-se a ofertar ou vender um produto ou serviço se não for adquirido uma quantidade mínima ou nega-se a vender acima de uma determinada quantidade. Nestes casos, somente poderá fazê-lo caso haja uma justa causa. No entanto, trata-se de hipótese distinta da infração descrita na Lei 8.884/94, não sendo objeto de aprofundamento.

[523] NUNES, Antônio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 516. O autor leciona que: “é preciso, no entanto, entender que a operação casada pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separados. O lojista não é obrigado a vender apenas a calça do terno. Da mesma maneira, o pacote de viagem oferecido por operadoras e agências de viagem não está proibido”.

importante para viabilizar a própria concessão do empréstimo imobiliário, pois diminuía os riscos da concedente do empréstimo. Circunstância absolutamente distinta era a conduta da instituição de crédito impor ao mutuário a contratação de seguro imobiliário junto à empresa pertencente ao seu grupo econômico, algo que não encontra amparo legal. Concluiu o STJ que tal imposição configurava venda casada, à luz do Código de Defesa do consumidor. Transcrevo, a propósito, os seguintes trechos da ementa do julgado:

> - Discute-se neste processo se, na celebração de contrato de mútuo para aquisição de moradia, o mutuário está obrigado a contratar o seguro habitacional diretamente com o agente financeiro ou com seguradora por este indicada, ou se lhe é facultado buscar no mercado a cobertura que melhor lhe aprouver.
> - O seguro habitacional foi um dos meios encontrados pelo legislador para garantir as operações originárias do SFH, visando a atender a política habitacional e a incentivar a aquisição da casa própria. A apólice colabora para com a viabilização dos empréstimos, reduzindo os riscos inerentes ao repasse de recursos aos mutuários.
> - Diante dessa exigência da lei, tornou-se habitual que, na celebração do contrato de financiamento habitacional, as instituições financeiras imponham ao mutuário um seguro administrado por elas próprias ou por empresa pertencente ao seu grupo econômico.
> - A despeito da aquisição do seguro ser fator determinante para o financiamento habitacional, a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada.
> - Ademais, tal procedimento caracteriza a denominada "**venda casada**", expressamente vedada pelo art. 39, I, do CDC, que condena qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha. [524]

Frise-se ainda que o Poder Judiciário analisou se seria indispensável para a viabilização do crédito imobiliário vincular que a prestadora do seguro fosse determinada pelo fornecedor do crédito e não pela livre escolha do consumidor. Concluiu, no entanto, que não havia tal imprescindibilidade, entendendo que a liberdade do consumidor contratar a seguradora não trazia nenhuma ineficiência ao mercado de crédito imobiliário[525].

---

[524] STJ - REsp 804202 – Rel. Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma - DJe 03/09/2008

[525] *Ibidem*. Transcrevo o seguinte trecho do voto condutor: "Ora, não acresce nenhum grande complicador na celebração do financiamento a circunstância do mutuário contratar o seguro habitacional independentemente. A comprovação da cobertura exige tão-somente a apresentação da respectiva apólice, o que, aliás, pode condicionar a própria validade do contrato de mútuo, de maneira a garantir que o negócio não se perfectibilize sem a efetiva

Assim, os fatores essenciais para o enquadramento como venda casada foram: 1)a existência de dois serviços (o crédito e o seguro); 2) o condicionamento, ou seja, a atitude do fornecedor de impor a contratação do serviço vinculado (o seguro habitacional) por empresa por ele indicada como condição para que prestasse o serviço vinculante (o mútuo para aquisição de imóvel); 3) a incidência de uma relação de consumo, tendo a venda casada sido imposta em exploração da vulnerabilidade do consumidor; 4) a viabilidade técnica e econômica dos dois serviços serem adquiridos separadamente de empresas distintas.

Diferentemente do que ocorreria se o enquadramento fosse efetivado à luz das normas antitrustes, não houve discussão se havia limitação da concorrência. O fator fundamental foi a existência do condicionamento à aquisição conjunta de dois serviços prestados por empresas de um mesmo grupo econômico, impondo uma situação desfavorável ao consumidor.

Não se nega que no exemplo dado havia também impacto concorrencial, uma vez que a empresa Caixa Seguros possui cerca de 70% de participação no mercado de seguros habitacionais, pertencendo ao mesmo grupo empresarial que domina o segmento de financiamento habitacional (a Caixa Econômica Federal) [526]. Inclusive, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução nº 3.811, de 19 de novembro de 2009, obrigando os bancos a oferecer aos mutuários do SFH apólices de seguro de pelo menos duas seguradoras no momento de contratação do financiamento, facultando aos consumidores a liberdade de contratar o seguro de uma terceira empresa à sua livre escolha. Concomitantemente, a Resolução nº 205, de 2009, do Conselho Nacional de Seguros Privados, padronizou os seguros habitacionais e obrigou as seguradoras a trazer a valores presentes o custo do serviço, para facilitar a comparação de preços. Trata-se assim de matéria relevante para a órbita da defesa do consumidor e para a proteção da concorrência, tanto que foi objeto de expressa normatização pelas autoridades reguladoras do Sistema Financeiro Nacional.

Tais circunstâncias, longe de retirar a pertinência do exemplo escolhido, conferem-lhe maior força, por dois motivos. O primeiro é que as questões concorrenciais não foram sequer mencionadas, quanto mais levadas em consideração pelo Poder Judiciário para enquadrar a conduta como prática abusiva, o que fortalece a conclusão de que a repercussão no mercado é

---

contratação do seguro habitacional. Também inexiste ofensa à cláusula securitária, visto que não é a contratação do seguro que está sendo facultada, mas apenas a escolha da seguradora".

[526] Fonte: Reuters. Disponível em: http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRSPE5AI0P220091119. Acesso em 29.11.2009. Os dados correspondem ao ano de 2009.

desnecessária para o enquadramento da conduta como prática abusiva tipificada no CDC. Em segundo lugar porque o impacto concorrencial permitiria, em tese, que a conduta também fosse enquadrada como infração contra a ordem econômica, justamente por sua capacidade de atingir o mercado de seguros imobiliários. Assim, em tese, a autoridade de defesa da concorrência também poderia investigar a conduta. Portanto, o exemplo reforça a distinção entre a venda casada como infração contra a ordem econômica e como prática abusiva.

Cumpre ainda observar que a venda casada também é tipificada como crime contra as relações de consumo, para cuja caracterização não se exige sequer a sua concretização, quanto mais qualquer efeito sobre o mercado. Com efeito, já há posicionamento da jurisprudência do STJ de que se trata de crime de mera conduta, como se extrai da ementa abaixo transcrita:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. "VENDA CASADA". PREVARICAÇÃO. DENÚNCIA. INÉPCIA.
> I – A figura típica descrita no art. 5º, II, da Lei 8.137/90 é crime de mera conduta, que não depende da concretização da venda ou da prestação do serviço para a sua consumação, bastando, para tanto, que o agente subordine ou sujeite a venda ou prestação de serviço a uma condição.

A questão, no entanto, é bastante diversa à luz das normas de defesa da concorrência. Com efeito, o art. 21, XXIII, da Lei nº 8.884, de 1994, prescreve ser infração contra a ordem econômica, na medida em que configure hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, a conduta de "*subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem*".

À luz da Lei n.º 8.884, de 1994 somente restará configurada a infração caso a venda casada cause ou tenha o potencial de causar alguns dos efeitos listados no *caput* de seu art. 20. Desta maneira, é primordial que haja a demonstração do poder de mercado da empresa que praticou a conduta para auferir se ela possui condições de, concreta ou potencialmente, interferir na estrutura concorrencial.

Dito de outro modo, para que se configure o ilícito antitruste não basta a efetivação da venda casada. É necessária a demonstração de que a venda casada praticada poderia provocar ou concretamente provocou os efeitos listados nos quatro incisos do art. 20, *caput*, da Lei n.º 8.884, de 1994.

Calixto Salomão entende que à luz do direito brasileiro a venda casada pressupõe uma coerção, ou seja, uma imposição da venda conjunta em situações nas quais a venda conjugada não é um imperativo físico ou econômico. Por outro lado, seriam "naturais" as vendas conjugadas nas quais houvesse impossibilidade física de separação ou fosse antieconômica a venda em separado (ou seja, os custos para separar os produtos ou serviços conjugados superassem o valor de sua venda conjunta). Para a última hipótese, o autor utiliza o exemplo do par de sapatos, em que os custos de separação seriam muito superiores ao custo de vender o pacote de duas unidades.

Nesse contexto, a coerção incidiria nos casos em que a conjugação não fosse natural. O ilícito seria materializado tanto através da imposição de venda conjunta (coerção jurídica) quanto com a cobrança de um valor exorbitante pelo produto separado, que ocorreria nas situações em que o preço cobrado superasse o valor dos custos de separação (coerção econômica) [527].

Na visão de Calixto Salomão a caracterização da venda casada como infração contra a ordem econômica pressuporia além da coerção também um objetivo ilícito: eliminar o concorrente do mercado. Tal objetivo seria averiguado através de dados que consistiriam: "(i) na existência ou criação de substanciais barreiras à entrada de concorrentes e (ii) na inexistência de justificativas para o comportamento que não o objetivo estratégico-oportunístico de dominação dos mercados"[528].

Na jurisprudência do CADE, o caso mais conhecido é a condenação da empresa Xerox do Brasil Ltda. por estabelecer nos contratos de prestação de serviços de assistência técnica com os seus clientes cláusula que os inibia de adquirir material de consumo fabricado por terceiros (inclusive as peças de reposição necessárias para a assistência técnica). O CADE constatou que a empresa detinha posição dominante em todos os mercados relevantes envolvidos: locação de máquinas reprográficas (91%), material de consumo para máquinas reprográficas, incluindo as peças de reposição (74% a 100%) e prestação do serviço de assistência técnica (91%). Concluiu, por fim, que a conduta limitava a concorrência e criava dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento do mercado, auxiliando a dominação da Xerox, condenando-a ao pagamento de multa pecuniária, além de determinar a exclusão da

[527] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 224-229.
[528] *Ibidem*, p. 227

cláusula de seus contratos. O CADE refutou a alegação de que a cláusula era essencial para a reputação da marca, por julgar que a empresa não provou que os produtos de seus concorrentes fossem de qualidade inferior e causassem danos a suas máquinas e sequer especificou as características técnicas das peças que exigia para suas máquinas[529].

A empresa ajuizou ação cautelar visando anular a decisão do CADE que foi julgada improcedente em primeiro e segundo grau. Cumpre, a propósito, transcrever o seguinte trecho de ementa da decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

> A XEROX apelante detém posição dominante no mercado de locação e prestação de assistência técnica com uma participação de 91%, no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopiadoras, com participação de 74% a 100%.
> 13. É evidente que existe uma interdependência do mercado de aluguel de máquinas fotocopiadoras e o material de consumo, principalmente no que se refere a tinta de imprimir chamada de "toner". 14. A apelante impunha a seus milhares de clientes cláusula padrão em contrato de prestação de serviço de assistência técnica que impede as tomadoras de serviço de adquirir material de consumo fabricado por outra empresa que não os da sua marca. Isto significa, na linguagem antitruste, abusar da posição dominante para criar dificuldade ao funcionamento e ao desenvolvimento do mercado. Ou seja, criou barreiras artificiais para retirar ou impedir a entrada no mercado de produtos de impressão similares ao da apelante. Não se trata de criticar ou impedir que uma empresa tenha posição dominante, a questão diz respeito a se empregar manobras para restringir a concorrência.
> 15. A cláusula contratual em questão, reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos, figura a venda casa repudiada pelo legislador, art. 3º, inciso VIII, da Lei 8.158/91 e cria dificuldade à constituição e ao desenvolvimento de empresa igualmente vedada pela Lei 4.137/62, art. 2º, inciso I, alínea "g" e pela própria Lei 8.158/91, art. 3º, incisos II e XVI.

Desse modo, os seguintes elementos foram considerados pelo Poder Judiciário para a caracterização da venda casada como infração contra a ordem econômica: 1) o condicionamento e 2) os efeitos sobre a concorrência, incidentes em razão da posição dominante da empresa nos diversos mercados relevantes envolvidos (no caso entendeu-se que a conduta da empresa criava barreira artificial à entrada de concorrentes).

---

[529] Processo Administrativo n.º 23/91. Representante: Repro Materiais e Equipamentos Ltda. Representanda: Xerox do Brasil Ltda. Rel. Cons. Marcelo Monteiro Soares, j. 31.03.93.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte entende que para a configuração da venda casada como um ilícito antitruste é necessária coerção, ou seja, a imposição da venda conjugada de dois produtos. Exige, ainda, que a empresa detenha poder de mercado em relação ao produto vinculante (aquele que o consumidor deseja adquirir) e que a imposição de venda casada acarrete restrição de substancial parcela do comércio no mercado do produto vinculado (aquele cuja compra é imposta ao consumidor) [530].

Portanto, os requisitos de configuração da venda casada como ilícito concorrencial e como prática abusiva são substancialmente distintos, o que impõe a conclusão de que uma venda casada praticada por empresa com poder de mercado pode ser capitulada como infração que atinge concomitantemente duas órbitas jurídicas distintas, ou seja, ela atenta tanto contra o consumidor como contra a concorrência. A conduta pode, consequentemente, ser apurada de forma paralela pelas respectivas autoridades competentes (ou seja, os órgãos de proteção ao consumidor e as autoridades de defesa da concorrência).

Em tal hipótese não ocorre *bis in idem*, pois as normas que tipificam prática abusiva (art. 39 do CDC) e infração contra a ordem econômica (art. 20, *caput* c/c art. 21, XXIII da Lei n.º 8.884, de 1994) são distintas, bem como são diversas as órbitas jurídicas atingidas (ou seja, de um lado há a lesão ao consumidor e de outro à estrutura concorrencial). Não havendo identidades de fundamentos inexiste *bis in idem*[531].

5.1.3.2 Exemplos de dupla capitulação de outras condutas

Na jurisprudência há um interessante precedente envolvendo uma rede de salas de cinema que proibia que o consumidor ingressasse com alimentos adquiridos fora do estabelecimento, permitindo apenas o ingresso com pipocas, sanduíches ou bebidas compradas nos pontos de venda localizados dentro do próprio estabelecimento. Tal conduta motivou a instauração de processos administrativos sancionadores tanto pelas autoridades de defesa da

---

[530] BADIN, Arthur. Venda Casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 5, Thompson IOB, São Paulo, jan/mar 2005, p. 51.

[531] Ver: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, fls.279. O autor afirma que: "A idéia básica do non bis idem é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Já foi definida essa norma como princípio geral de direito, que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja em uma ou mais ordens sancionadoras, nos quais se dê uma identidade de sujeitos, fatos e fundamentos, e sempre que não exista uma relação de supremacia especial da Administração Pública".

concorrência como por órgão de proteção do consumidor. No âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi instaurado processo administrativo pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que entendeu que a conduta seria capitulada como exclusividade de venda passível de gerar limitação à concorrência. A empresa firmou Termo de Cessação de Conduta (TCC) com a Secretaria de Direito Econômico, através do qual se comprometeu a cessar a prática de exclusividade. O aludido TCC foi homologado pelo Plenário do CADE.

No âmbito da proteção do consumidor o PROCON autuou a mesma empresa e a condenou ao pagamento de multa pecuniária. A empresa de exibição de filmes ajuizou ação visando anular a sanção imposta. No entanto, não obteve êxito, entendendo o Superior Tribunal de Justiça válida a sanção cominada, como se extrai da ementa a seguir transcrita:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MULTA PECUNIÁRIA POR OFENSA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OPERAÇÃO DENOMINADA VENDA CASADA' EM CINEMAS. CDC, ART. 39, I. VEDAÇÃO DO CONSUMO DE ALIMENTOS ADQUIRIDOS FORA DOS ESTABELECIMENTOS CINEMATOGRÁFICOS.
> 1. A intervenção do Estado na ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar os princípios do direito do consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (CF, arts. 170 e 5º, XXXII).
> 2. Nesse contexto, consagrou-se ao consumidor no seu ordenamento primeiro a saber: o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, dentre os seus direitos básicos "a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações" (art. 6º, II, do CDC).
> 3. A denominada 'venda casada', sob esse enfoque, tem como ratio essendi da vedação a proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatório e preços competitivos.
> 4. Ao fornecedor de produtos ou serviços, consectariamente, não é lícito, dentre outras práticas abusivas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (art. 39, I do CDC).
> 5. A prática abusiva revela-se patente se a empresa cinematográfica permite a entrada de produtos adquiridos na suas dependências e interdita o adquirido alhures, engendrando por via oblíqua a cognominada 'venda casada', interdição inextensível ao estabelecimento cuja venda de produtos alimentícios constituiu a essência da sua atividade comercial como, *verbi gratia*, os bares e restaurantes. [532]

[532] RESP 744602 – Rel. Ministro LUIZ FUX - PRIMEIRA TURMA - DJ 15.03.2007, p. 264 e REPDJ 22.03.2007, p. 286.

A rigor não se tratava propriamente de venda casada, porque não houve a incidência de "condicionamento", ou seja, não se vinculava a venda do ingresso à aquisição de alimentos. Na realidade o que havia era a imposição de uma **exclusividade**: apenas os alimentos vendidos pela empresa cinematográfica poderiam ser consumidos no interior das salas de cinema. Entendeu-se que tal prática era abusiva, pois o cinema era um local dedicado ao lazer e não havia razão alguma para a exclusividade (ao contrário do que ocorre, por exemplo, com restaurantes, em que a atividade primordial do estabelecimento é a venda de alimentos). No entanto, não parece importar se a melhor capitulação era a venda casada, uma vez que o artigo 39, *caput*, do CDC é uma norma aberta que veda todas as condutas consideradas abusivas por impor desvantagem indevida ao consumidor, mesmo que não previstas em seus incisos, que compõem um rol exemplificativo e não taxativo. Assim, o essencial é destacar que o STJ capitulou a conduta como prática abusiva e, assim, passível de sanção pelos órgãos de proteção do consumidor e que o fato da mesma conduta ter sido objeto de instauração de Processo Administrativo no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não configurou *bis in idem*.

Destaco também a existência de julgado que entende ser perfeitamente conciliável a fiscalização por mais de um órgão estatal sobre determinados agentes econômicos, sem que haja *bis in idem*. Há interessante precedente envolvendo a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) em que houve a aplicação de sanção administrativa pelo PROCON do Estado da Bahia por prática abusiva cometida por companhia de seguros que alegou ser tal sanção vedada pelo *ne bis in idem* , já que também seria fiscalizada pela SUSEP. Transcrevo, a propósito, ementa de acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR - PUBLICIDADE ENGANOSA - MULTA APLICADA POR PROCON A SEGURADORA PRIVADA - ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM, POIS A PENA SOMENTE PODERIA SER APLICADA PELA SUSEP - NÃO-OCORRÊNCIA - SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SNDC - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA EM CONCORRÊNCIA POR QUALQUER ÓRGÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, PÚBLICO OU PRIVADO, FEDERAL, ESTADUAL, MUNICIPAL OU DISTRITAL.
> 1. A tese da recorrente é a de que o Procon não teria atribuição para a aplicação de sanções administrativas às seguradoras privadas, pois, com base no Decreto n. 73/66, somente à Susep caberia a normatização e fiscalização das operações de capitalização. Assim, a multa discutida no caso dos autos

> implicaria verdadeiro bis in idem e enriquecimento sem causa dos Estados, uma vez que a Susep é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda; enquanto que o Procon, às Secretarias de Justiça Estaduais.
> 2. Não se há falar em bis in idem ou enriquecimento sem causa do Estado porque à Susep cabe apenas a fiscalização e normatização das operações de capitalização pura e simples, nos termos do Decreto n. 73/66. Quando qualquer prestação de serviço ou colocação de produto no mercado envolver relação de consumo, exsurge, em prol da Política Nacional das Relações de Consumo estatuída nos arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC que, nos termos do art. 105 do Código de Defesa do Consumidor é integrado por órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, além das entidades privadas que têm por objeto a defesa do consumidor.
> Recurso ordinário improvido.[533]

O exemplo retrata hipótese em que dois órgãos administrativos possuem competência de fiscalizar os mesmos agentes econômicos com fundamento em leis diversas. Em tal situação não há que se falar em conflito horizontal de competência, mas sim em atribuições complementares. Portanto, o fato de uma mesma conduta, por exemplo, infringir tanto a legislação de defesa do consumidor como a legislação do setor a que pertence o agente econômico faz com que haja diversidade de fundamentos a lastrear o sancionamento tanto pelo órgão de defesa do consumidor como pela autoridade de defesa da concorrência, não ocorrendo, assim, *bis in idem*[534].

Evidentemente, o mesmo raciocínio pode ser aplicado às situações em que uma determinada conduta fere disposições da legislação setorial e das normas de defesa da concorrência. Um exemplo interessante é a atribuição conferida tanto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência quanto à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para sancionar uma mesma conduta: a imposição de exclusividade aos médicos por parte de uma operadora de plano de saúde.

Nas hipóteses em que detectou posição dominante de operadora que impunha a exclusividade para os médicos, o CADE tem concluído que a conduta configura infração contra a ordem econômica, tipificada no art. 20, I, II e IV, combinado com o art. 21, IV e V, da Lei nº 8.884/94. A posição dominante da operadora de plano de saúde tem sido medida

---

[533] STJ - RMS 26397 - Ministro Humberto Martins - Segunda Turma - DJe 11/04/2008. No mesmo sentido: STJ - RMS 25115 - Ministro Castro Meira - Segunda Turma - DJe 28/03/2008.

[534]Sobre a relação entre órgãos de defesa do consumidor e agências reguladoras ver: ANDRADE, Vítor Morais de, *op. cit.*, p. 139-144.

tanto pela sua participação de mercado como pelo percentual de médicos que atuam no mercado relevante.

Foram analisados casos em que uma só operadora de plano de saúde possuía mais de 90% dos médicos do mercado relevante, o que praticamente inviabiliza o ingresso de concorrente no mercado relevante e, mesmo na hipótese de entrada de outra operadora, a sua capacidade de concorrer seria muito pequena. Em tais hipóteses a cláusula de exclusividade estabelecia uma barreira artificial à entrada no mercado de outras operadoras no mercado relevante. Assim, presente a posição dominante, o CADE vem entendendo que a cláusula de exclusividade configura infração contra a ordem econômica, condenando a operadora no pagamento de sanção pecuniária, bem como determinando a imediata cessação da imposição de exclusividade[535].

Por seu turno, o art. 18, III, da Lei nº 9656, de 1998 veda expressamente que operadoras de planos de saúde exijam exclusividade dos profissionais da saúde. O órgão responsável pela fiscalização de tal preceito, bem como pela imposição de sanções administrativas na hipótese de seu desrespeito é a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

O Poder Judiciário vem julgando válidas tanto as sanções impostas pelo CADE[536]como pela ANS sem aludir a *bis in idem*. Transcrevo, a propósito, a seguinte ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou válida a sanção aplicada pela ANS, amparando a tese de que são diversas as órbitas jurídicas ofendidas:

---

[535] Destaco, a título de exemplo, os seguintes acórdãos: PA 08000.00118665/94-84, PA 08000.023281/97-41, PA 08000.018480/97-28, PA 08000.021182/96-15, PA 08012.007631/97-65PA nº 08012.006248/98-25, Representada: Unimed de Joinville – Cooperativa de Trabalho Médico (julgado em 01.09.99); PA nº 08012.0102271/98-51, representada: Unimed Santa Maria (julgado em 15.12.99); PA nº 08012.0102272/98-13, representada Unimed de Varginha (julgado em 06.10.99); PA nº 0144/92, representada Unimed Goiânia (julgado em 07.07.99); PA nº 0147/94, representada Unimed Vitória (julgado 18.02.98); PA nº 08012.001204/98-72, Representada Unimed de Montes Claros, (julgado 08.09.99); PA nº 08000.001888/96-52, Representada Unimed Cooperativa de Trabalhos Médicos – Pato Branco - PR (julgado em 18.08.99); PA nº 08000.011866/94-84, representada Unimed de São João da Boa Vista (julgado em 04.02.98); PA nº 08000.014608/95-86, representada Unimed – Cooperativa de Trabalho Médico de Ponta Grossa - PR (julgado em 03.02.99); PA nº 08000.018480/97-28, representada Unimed de João Pessoa (julgado em 07.07.99); PA nº 08000.019008/95-96, representada Unimed – Toledo – Cooperativa de Trabalho Médico (julgado em 10.02.99); PA nº 08000.021182/96-15, representada Unimed de Mossoró (julgado em 08.02.98); PA nº 08000.023281/97-41, representada Unimed de Araguari – MG (julgado em 18.08.99); PA nº 08000.026711/95-32, representada Unimed Catanduva (julgado em 13.10.99).

[536] Apelação no Mandado de Segurança n° 2000.34.00.007650-2/DF Processo na Origem: 200034000076502. Rel. Des. Souza Prudente.

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. COOPERATIVA DE MÉDICOS. PACTO COOPERATIVO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. FIDELIDADE DO MÉDICO À COOPERATIVA DO PLANO DE SAÚDE.
> 1. Os contratos de exclusividade das cooperativas médicas não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência.
> 2. As relações entre a Cooperativa e os médicos cooperados devem obedecer a cláusula final inserta no art. 18, III, da Lei n. 9.656/98, estando as disposições internas daquele ente em desarmonia com a legislação de regência.
> 3. O referido dispositivo enuncia: Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1° do art. 1° desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional".
> 4. Deveras, a Constituição Federal, de índole pós-positivista, tem como fundamentos a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego (art. 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e com ratio essendi dos direitos dos trabalhadores a liberdade de associação (art. 8º, da CF). Regras maiores que prevalecem à interdição à exclusividade.
> 5. Destarte, o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via obliqua, os direitos à saúde (CF. art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa.
> 6. Destarte, a tutela dos interesses privados não podem se sobrepor ao interesse público, notadamente quando envolver interesses constitucionais indisponíveis.
> 7. Recurso especial desprovido [537].

Embora os dois últimos exemplos citados não digam respeito a situações envolvendo autoridades de defesa da concorrência e de proteção do consumidor podem, com as devidas adaptações, ser perfeitamente aplicados a tal relação, corroborando a assertiva de que não há *bis in idem* nas hipóteses em que uma mesma conduta é apenada como prática abusiva e infração contra a ordem econômica.

---

[537] REsp 768118 / SC Ministro Luiz Fux - Primeira Turma - DJe 30/04/2008.

Portanto, há sólidos fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais para amparar a conclusão de que, caso estiverem presentes os requisitos necessários para a configuração de uma infração contra a ordem econômica e de uma prática abusiva, não há infringência à vedação do *bis in idem* na hipótese da mesma conduta ser sancionada tanto por órgão de proteção do consumidor quanto pelas autoridades de defesa da concorrência.

Já nas situações em que a conduta configura exclusivamente prática abusiva ou apenas infração contra a ordem econômica, somente uma das esferas poderá ser acionada. Um excelente exemplo dá-se com a empresa que condiciona a compra de um produto à aquisição de outro, mas não possui posição dominante no mercado em que se insere e, assim, a sua conduta não tem o condão de produzir efeitos sobre a concorrência. Em tal caso, se o Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência da Secretaria de Direito Econômico estiver investigando denúncia de prática de venda casada e desde logo verificar a ausência de poder de mercado, poderá remeter ofício ao órgão de defesa do consumidor competente, sugerindo a instauração da fiscalização cabível na sua esfera de atribuições.

Os exemplos destacados realçam a importância da colaboração e intercâmbio de informações entre as autoridades administrativas das duas esferas, que poderão, inclusive, efetivar operações conjuntas de coleta de provas nas hipóteses de condutas em que ambas tenham atribuição sancionadora.

5.1.3.3 Autoridades competentes para sancionar infrações contra a ordem econômica e práticas abusivas

A conclusão de que não há *bis in idem* nas hipóteses de dupla capitulação de uma mesma conduta é reforçada pela existência de distintas autoridades competentes: as práticas abusivas são sancionadas pelos órgãos pertencentes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, ao passo que as sanções por infrações contra a ordem econômica são aplicadas pelos órgãos pertencentes ao Sistema Nacional de Defesa da Concorrência.

Há, no entanto, decisão do Superior Tribunal de Justiça que rompeu com tal distinção de competências, interpretando que os órgãos de defesa do consumidor podem também sancionar condutas tipificadas como infrações contra a ordem econômica. Transcrevo, a propósito, a ementa do acórdão:

> MANDADO DE SEGURANÇA. REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS. DUMPING. MULTA APLICADA PELO PROCON. LEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA.
> I - Trata-se de mandado de segurança impetrado pela ora recorrida, visando anular a multa aplicada pelo PROCON em decorrência da prática de dumping no âmbito da revendedora de combustíveis, originada de denúncia feita pelo Sindicato Varejista.
> II - Não há como se afastar a legitimidade do PROCON na hipótese *sub judice*, tendo em conta, principalmente, a determinação contida no Código de Defesa do Consumidor no sentido de coibir de forma eficiente todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal.
> III - Recurso provido, com a denegação da ordem.[538]

Cumpre explicar os contornos do caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Em razão de denúncias recebidas, o PROCON de Campinas multou empresa revendedora de combustíveis por entender que ele teria praticado preços abaixo do custo, o que tipificaria uma infração contra a ordem econômica. A empresa impetrou mandado de segurança no qual sustentou que o PROCON não possuía competência para aplicar a sanção, uma vez que tal atribuição seria exclusiva do CADE, à luz do que dispõe o art. 7º, II, da Lei nº 8.884, de 1994[539]. O impetrante teve a sua tese acatada em primeira e segunda instância, que concederam a ordem pleiteada para impedir a cobrança da sanção pecuniária aplicada.

No entanto, foi interposto recurso especial que foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça. O principal fundamento da decisão do STJ foi a tese de que o art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor "contém ditame no sentido de que outros direitos, decorrentes de legislações outras, não são excluídos em decorrência daqueles nele previstos, abrindo a possibilidade de atuação do PROCON em casos como o que ora se apresenta".

Foi, ainda, feita menção ao art. 4º, VI, do Código de Defesa do Consumidor que determina que a política nacional de relações de consumo deveria ter, como um de seus princípios, a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal. A motivação aludiu, ainda, ao art. 6º, inciso IV do CDC "que incluiu como direito básico do consumidor a proteção contra métodos comerciais desleais e práticas abusivas no fornecimento de produtos". Ademais, o STJ acolheu a tese de

---

[538] STJ - REsp 938607 – Rel. Ministro Francisco Falcão - Primeira Turma - DJ de 08de 1910de 192007, p. 234.
[539] Dispõe a norma em questão que "*compete ao Plenário do Cade decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei*".

que “a Lei 8.884/94, que trata da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica é também protetora e defensora dos direitos do consumidor” [540].

Em que pese a relevância do precedente destacado, não parece que o sistema ideal seja conferir tanto ao CADE como aos órgãos de proteção do consumidor a atribuição de impor sanções administrativas por ocorrência de infrações contra a ordem econômica previstas na Lei nº 8.884, de 1994. Soa mais adequado estabelecer divisão de atribuições segundo a qual caiba às autoridades de defesa da concorrência fiscalizar e sancionar as infrações tipificadas na legislação antitruste, enquanto os órgãos de proteção do consumidor fiquem incumbidos de fiscalizar e sancionar as práticas abusivas vedadas pela legislação de defesa do consumidor.

Com efeito, caso os órgãos de defesa do consumidor fossem dotados da competência de aplicar tanto as sanções administrativas estabelecidas na legislação de proteção do consumidor quanto as previstas na legislação de defesa da concorrência, haveria sério risco de ocorrência de *bis in idem*. Pensemos na hipótese da Secretaria de Direito Econômico haver instaurado um Processo Administrativo para apurar denúncia de formação de cartel e, após colher as provas pertinentes remeta-o ao CADE que julga demonstrada a prática de infração administrativa tipificada no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, aplicando as respectivas sanções. Imaginemos que o órgão de proteção do consumidor do Estado em que ocorreu o cartel também tenha instaurado Processo Administrativo para apurar a mesma conduta e ao seu final conclua que houve cartel e imponha sanção pecuniária para a infração contra a ordem econômica tipificada no mesmo art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994. Em tal hipótese ocorreria *bis in idem*, diante da identidade de sujeito (ou seja, as mesmas empresas envolvidas no conluio), de fato (a prática de uniformização de preços) e fundamento (a infringência à Lei nº 8.884, de 1994).

A situação seria diferente caso a conduta infringisse valores tutelados em legislações distintas, pois em tal hipótese haveria diversidade de órbitas jurídicas protegidas, havendo, assim, fundamentos distintos para amparar as sanções administrativas. Pensemos em uma derivação do exemplo oferecido no parágrafo anterior para amparar tal raciocínio. Imaginemos que tenha ficado demonstrado que o cartel, ao uniformizar os preços logrou aumentá-los, ficando bem caracterizada a elevação de preço decorrente do conluio. Nessa hipótese, além da

[540] Ver, a propósito, fls. 3 e 4 do voto do relator: STJ - REsp 938607 – Rel. Ministro Francisco Falcão - Primeira Turma - DJ de 08de 1910de 192007, p. 234.

legítima imposição de sanção por parte da autoridade de defesa da concorrência por conduta tipificada como infração administrativa pelo art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, o órgão de defesa do consumidor poderia instaurar processo administrativo para apuração da prática abusiva tipificada no art. 39, X, do CDC: elevação de preço sem justa causa.

Outro exemplo já detalhado no presente capítulo é a venda casada, que se for apta a produzir efeitos anticoncorrenciais pode configurar tanto prática abusiva tipificada no art. 39 do CDC como infração contra a ordem econômica tipificada no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994.

Assim, há condutas que violam, concomitantemente, tanto as normas antitruste como os direitos do consumidor. E tais hipóteses são abertas, por força do diálogo entre os dois sistemas[541]. No entanto, a prudência não recomenda que a mesma autoridade sancione tanto as violações contra a legislação de proteção do consumidor como as infrações contra a ordem econômica.

5.2 Destinação ao Fundo Federal de Direitos Difusos

Outro fator que potencializa a importância da repressão a condutas anticoncorrenciais para o consumidor é o fato das multas pecuniárias impostas pelo CADE às empresas condenadas por infrações contra a ordem econômica serem recolhidas ao Fundo Federal de Direitos Difusos de que trata a Lei nº 7.347, de 1985, como expressamente determina o art. 84 da Lei nº 8.884, de 1994.

O Fundo foi regulamentado pela Lei nº 9.008, de 1995, possuindo como finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos (art. 1º, § 1º da Lei nº 9.008, de 1995). Já o § 3º do mesmo artigo esclarece que os valores recolhidos podem ser utilizados nas seguintes finalidades: “recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado,

[541] Sobre diálogo das fontes ver: MARQUES, Cláudia Lima.

bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º"[542].

Tendo em vista que o Fundo Federal de Direitos Difusos destina-se, entre outras finalidades, à reparação de danos causados aos consumidores, estes também são contemplados com os recursos provenientes das multas aplicadas a infrações contra a ordem econômica.

Tal assertiva é comprovada com a análise da origem dos recursos do Fundo, que são provenientes sobretudo da arrecadação das multas pecuniárias impostas pelo CADE nos processos administrativos em que julga comprovada a infração contra a ordem econômica. Reproduzo os quadros elaborados pela Secretaria Executiva do CFDD que demonstram a predominância das multas em decorrência de infração contra a ordem econômica na composição dos recursos do Fundo entre os anos de 2006 a 2008:

Arrecadação de Receita do FDD por Origem de Recursos – 2006 a 2008

ESPECIFICAÇÃO	2006	%	2007	%	2008	%
Condenações Judiciais – meio ambiente	29.288,36	0,26	840.120,92	2,80	1.788.225,28	2,46
Condenações Judiciais – consumidor	1.111,51	0,01	298.604,61	1	50.074,17	0,07
Condenações Judiciais – bens e direitos de valor artístico	-	-	-	-	-	-
Condenações Judiciais – qualquer outro interesse difuso e coletivo	366.219,35	3,22	683.975,15	2,28	2.595.334,85	3,57
Multas e indenizações – deficientes	-	-	-	-	25.545,88	0,04
Multas – CDC – consumidor	244.194,52	2,15	414.847,10	1,38	3.750.947,00	5,16
Indenizações- CDC – consumidor	-	-	13.954,85	0,05	-	-

[542] A destinação dos valores arrecadados a título de sanções administrativas e condenações judiciais impostas a violações contra direitos difusos a um fundo de recomposição de bens lesados possui apoio da doutrina, pois o caráter difuso (ou institucional) do interesse lesado torna apropriada a sua destinação a um fundo supra-individual. Ver, a propósito: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas, op. cit.*, p. 71.

Infração a ordem econômica	10.715,548,85	94,18	27.693.861,48	92,42	64.114.659,78	88,12
Subtotal – Arrecadação de Receitas de Multas e Condenações	11.356.362,59		29.945.364,11		72.324.786,96	
Outras receitas – sorteios de instituições filantrópicas	13.487,20	0,12	385,60	0,00	14.266,60	0,02
Outras receitas – doações	7.859,50	0,07	20.800,00	0,07	419.015,00	0,58
Total das receitas do FDD ref. a lei 9.008/95	11.377.709,29	100	29.966.549,71	100	72.758.068,56	100
Devoluções de convênios	303.871,04	-	71.049,09	-	380.809,19	-
Devoluções de diárias – no exercício	240,54	-	501,68	-	233,67	-
Devoluções de diárias – exercícios anteriores	-	-	120,27	-	-	-
Depósitos e cauções	-	-	-	-	-	-
Depósitos judiciais	300,00	-	-	-	-	-
Multas por auto de infração	-	-	-	-	-	-
TOTAL	11.682.120,87	-	30.038.220,75	-	73.139.111,42	-
(-) restituição de receitas depositadas indevidamente no CFDD	-	-	-	-	-	-
TOTAL GERAL	11.682.120,87	-	30.038.220,75	-	**73.139.111,42**	-

Fonte: Secretaria Executiva do CFDD. Grifos no original.

Observa-se deste modo que 88,12% dos recursos arrecadados no período de 2006 a 2008 foram provenientes de multas por infração contra a ordem econômica arrecadadas pelo CADE. Já as sanções impostas pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça corresponderam a valor equivalente a 5,16% dos recursos.

Uma parcela significativa de tais recursos é aplicada em projetos relacionados com a defesa do consumidor. Reproduzo, a propósito, quadro elaborado pela Secretaria Executiva do Conselho do Fundo Federal de Direitos Difusos e Coletivos que demonstra a distribuição dos recursos por área nos anos de 2006 a 2009:

Projetos conveniados – Distribuição por Área

Área	2006	2007	2008	2009
Consumidor	6 (26%) R$ 754 mil	14 (33%) R$ 1,88 milhão	05 (13%) R$ 884 mil	05 (21%) R$ 630 mil
Meio ambiente	9	16	16	09
Bens e Direitos de valor Artístico, Histórico e outros Interesses Difusos e Coletivos	8	12	16	09
Total de Projetos Apoiados	23	42	37	23
Valor total desembolsado pelo FDD	R$ 2,9 milhões	R$ 5,7 milhões	R$ 6,8 milhões	R$ 3,0 milhões

Fonte: Secretaria Executiva do CFDD

Os dados permitem a conclusão de que uma parcela significativa dos valores arrecadados pelo Fundo é direcionada à proteção do consumidor, inclusive em proporção maior do que a arrecadada pelas respectivas autoridades. Portanto, é possível afirmar que parcela das multas pecuniárias aplicadas pelo CADE reverte em benefício dos consumidores.

Nesse contexto, há pertinência na destinação dos recursos arrecadados ao Fundo Federal de Direitos Difusos e Coletivos, bem como é adequado patrocinar projetos relacionados com a defesa do consumidor, que é, afinal, intensamente prejudicado pela prática de infrações contra a ordem econômica[543].

[543] Assevere-se, inclusive, que na revisão da política de defesa da concorrência efetivada pela OCDE foi recomendado que se mantivesse a destinação dos valores das multas ao Fundo, entendendo que seria inadequado destinar parcela dos recursos diretamente ao CADE e à SEAE, como constava de anteprojeto de reforma da lei de defesa da concorrência. Tal recomendação foi acatada pelo Poder Executivo que, ao remeter o Projeto de Lei nº 5.877, de 2005, ao Congresso Nacional manteve a destinação da totalidade dos recursos ao Fundo. Ver, a propósito: ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO e BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE, 2005, p. 113.

5.3 Reparação de danos individuais homogêneos causados por infrações contra a ordem econômica

O capítulo é finalizado com outra perspectiva em que a execução da política de defesa da concorrência reverte em benefício do consumidor: a reparação dos danos causados por infrações contra a ordem econômica.

A propositura de ações de indenização possui dupla função. Em primeiro lugar a de recompor a esfera patrimonial dos consumidores que tiveram os seus interesses econômicos lesados. Em segundo lugar possuem uma função dissuasória, ou seja, desestimulam a prática da infração contra a ordem econômica.

5.3.1 Dever de reparar os danos concorrenciais

O agente que cometeu uma infração contra a ordem econômica deve reparar os danos de quem sofreu os efeitos de tal conduta. A obrigação de reparar decorre do caráter ilícito de tais condutas, incidindo, em consequência, o comando do art. 927 do Código Civil, a seguir transcrito:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No caso de infrações contra a ordem econômica não há dúvidas de que incide o parágrafo único do art. 927, uma vez que a responsabilidade estabelecida pelo art. 20 da Lei nº 8.884/94 é de natureza objetiva, já que utiliza a expressão “independentemente de culpa” ao tipificar as infrações contra a ordem econômica.

A obrigação de indenizar é reforçada pelo art. 29 da Lei nº 8.884, de 1994, a seguir transcrito:

> Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem

> como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Desse modo, para a configuração do dever de indenizar impõe-se, inicialmente, a demonstração de que a conduta foi ilícita, configurando uma infração contra a ordem econômica tipificada no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994. Há, ainda, a necessidade de demonstrar que ocorreu um dano, sendo, assim, imprescindível a sua quantificação. Finalmente, é necessária a comprovação de nexo de causalidade entre o dano e a conduta ilícita (que, para as finalidades da presente tese é a prática de uma infração contra a ordem econômica).

Há um aspecto bastante importante que diferencia a tutela administrativa da tutela judicial da defesa da concorrência. Como ressaltado, para que ocorra uma infração contra a ordem econômica é imprescindível que a conduta tenha o potencial de produzir os efeitos mencionados nos quatro incisos do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, não sendo, porém, necessário demonstrar que ela produziu efeitos concretos.

No entanto, ao contrário do que se dá na esfera administrativa, na ação de indenização é essencial demonstrar que a conduta produziu efeitos que causaram prejuízos aos consumidores, já que somente pode ser reparado um dano efetivamente sofrido.

Assim, o pressuposto da indenização é a efetiva ocorrência do dano, o qual pode ser conceituado como uma diminuição ou subtração de um bem jurídico, tanto na esfera patrimonial como na moral[544].

No caso em questão, o dano aos consumidores ocorre nas hipóteses em que eles sofrem uma diminuição na sua órbita jurídica em razão da prática de uma infração contra a ordem econômica. Por exemplo, é o que ocorre no caso de majoração do preço do produto envolvido em um cartel, que ocasiona um prejuízo financeiro aos consumidores. Obviamente, tal prejuízo somente irá incidir caso a infração contra a ordem econômica tenha surtido efeitos concretos o que, no exemplo citado, ocorreria através da majoração dos preços do produto envolvido no cartel.

---

[544] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 545.

5.3.2 Ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos

A via mais efetiva para a reparação dos consumidores que tenham sofrido danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais é a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. Isso porque normalmente o prejuízo sofrido não é elevado o suficiente para compensar os custos de uma ação individual. Ademais, a complexidade do tema e o acesso a informações também são obstáculos para as ações individuais, aumentando a importância das ações coletivas para a reparação de danos decorrentes de infração contra a ordem econômica.

Aliás, esse é o entendimento prevalecente também no âmbito da União Européia, tanto que a Comissão Européia, em 2008, publicou o livro branco sobre ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste, em que é sugerido aos Estados-Membros que tomem medidas para permitir e estimular a utilização de ações coletivas, principalmente por intermédio de entidades qualificadas "tais como associações de consumidores, organismos estatais ou associações profissionais". O livro branco da União Européia aduz a diversas vantagens das ações coletivas sobre as individuais, afirmando que a tutela coletiva é a maneira mais factível de viabilizar a reparação dos danos ocasionados aos consumidores[545].

O Código de Defesa do Consumidor possibilitou a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos nos quais o que aproxima os seus titulares é uma causa comum que os lesionou. Com efeito, tais direitos possuem natureza divisível, sendo a sua titularidade individual. Via de regra, a relação jurídica com a parte contrária é decorrente da lesão, não sendo preexistente[546]. Consequentemente, os benefícios decorrentes de sua tutela serão

[545] COMISSÃO EUROPÉIA. Livro branco sobre ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust.* Disponível em: http://edbl.drapc.min-agricultura.pt/base/documentos/comissao_europeia/livro_branco_antitrust.pdf. Acesso em 12.12.2008. O livro branco pontua, às fls. 5: "Os consumidores individuais, e também as pequenas empresas, em especial os que sofreram esporadicamente danos cujo valor é relativamente baixo, inibem-se frequentemente de intentar uma acção individual por danos devido aos custos, aos atrasos, às incertezas, aos riscos e ao peso administrativo que esta implica. Consequentemente, muitas destas vítimas actualmente não são indemnizadas. Nas raras ocasiões em que é intentado um grande número de acções individuais contra uma mesma infracção, surgem complicações processuais para os requerentes, para os requeridos e até para o próprio sistema judicial".

[546] WATANABE, Kazuo. Capítulo I: Disposições Gerais. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 503-504.

individualmente atribuíveis, mesmo porque a própria lesão terá repercussões diferentes em cada esfera particular[547].

Pensemos no exemplo de um cartel. Além do prejuízo a toda sociedade, decorrente do uso ineficiente dos recursos econômicos escassos, há a lesão a cada consumidor que pagou um sobrepreço pelo produto ou serviço objeto do cartel. Tal reparação pode ser obtida por meio de uma ação coletiva, cuja viabilidade depende de uma adequada atribuição de legitimação ativa, tema que é abordado no próximo item.

5.3.2.1 Legitimação para a propositura de ações coletivas de reparação de danos concorrenciais

Na órbita da ação coletiva para a reparação de danos causados a direitos individuais homogêneos houve a atribuição de legitimação extraordinária para a reparação de danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais[548].

O art. 29 da Lei nº 8.884/94 estabelece que a ação coletiva para a reparação de direitos individuais homogêneos será ajuizada pelos legitimados indicados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, a seguir reproduzido:

> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
> I - o Ministério Público,
> II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
> III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
> IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

A menção expressa do art. 29 da Lei nº 8.884/94 deixa absolutamente clara a possibilidade de utilização de ações coletivas para a reparação de danos ocasionados por

---

[547] MESQUITA. José Ignácio Botelho de. A coisa julgada no Código do Consumidor, *Revista Forense*, v. 326, 1994, p. 81.

[548] GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêncos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *O Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 4ª edição, 1995, p. 545-546.

infrações contra ordem econômica, o que é reforçado pelo disposto no art. 89 da mesma lei, que estabelece a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor à lei de proteção da concorrência.

5.3.2.1.1 Legitimação da União, Estados e municípios

Os entes federados podem propor ação em nome próprio, caso comprovem que o seu patrimônio foi lesado por determinada conduta anticompetitiva. Seria o caso de prévia combinação entre agentes econômicos participantes de uma determinada licitação que ocasionou prejuízos ao erário público (por exemplo, com a imposição de um preço maior pelo vencedor do que aquele que seria praticado se efetivamente houvesse concorrência)[549]. Demonstrada a ocorrência da infração contra a ordem econômica e comprovado o montante do dano sofrido pelo Estado, poderá o ente político ajuizar ação individual para obter a indenização cabível[550].

Outro bom exemplo é o da empresa que participa de licitação pública e impõe cláusula de exclusividade aos fornecedores de produtos essenciais para a execução da obra licitada. Assim, sem o acesso a tais bens será inviável que outras empresas também se habilitem no certame. Foi o que ocorreu no caso da licitação para construção de hidrelétricas no Rio Madeira[551]. Na hipótese em questão a SDE agiu com prontidão e exarou uma medida preventiva suspendendo os efeitos das cláusulas que impunham aos fabricantes de turbinas exclusividade no fornecimento a um dos consórcios. Posteriormente, tais cláusulas foram excluídas dos contratos de fornecimento em razão de um Termo de Cessação de Conduta firmado entre a empresa líder do consórcio e o CADE. A exclusão das cláusulas de

[549] O art. 21, VIII, da Lei nº 8.884/94 arrola como exemplo de infração contra a ordem econômica: "combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa".

[550] Essa seria uma prática a ser desempenhada pela Advocacia-Geral da União, que ajuizaria ações de reparação de danos sempre que fosse instada pela SDE a partir de dados concretos da existência de cartéis que fraudaram licitações, como se extrai da seguinte matéria jornalística: "Governo afirma que processará empresas – União cobrará na Justiça prejuízo em compras públicas causado por empresas condenadas pelo Cade por prática de cartel". Folha de São Paulo. 11/11/2007. Dinheiro, p. B9.

[551] No caso em questão a SDE deferiu medida preventiva suspendendo os efeitos de cláusulas de exclusividade contidas em contratos assinados pela construtora com fornecedores de equipamentos, como turbinas, máquinas, partes elétricas, entre outros, para a construção das hidrelétricas, impede a concorrência de ter acesso a vários tipos de equipamentos necessários para a realização das obras, já que o contrato proibia os fornecedores de venderem esses equipamentos para outras empresas, caso o consórcio liderado pela Odebrecht não fosse o vencedor do leilão de Santo Antônio e o de Jirau.

exclusividade viabilizou a concorrência na licitação, o que acarretou em um menor preço pago pelo Poder Público. Porém, caso não houvesse ocorrido uma atuação prévia à licitação e tivesse ocorrido prejuízo ao erário público, poderia a União Federal recobrá-los através de uma ação judicial.

Os entes federados também podem propor ação coletiva para reparação de direitos individuais homogêneos de seus administrados, no âmbito da legitimação extraordinária estabelecida pelo art. 29 da Lei nº 8.884/94 e art. 82, II do Código de Defesa do Consumidor.

Pensemos na hipótese de uma empresa que estabeleceu contrato de exclusividade para se apropriar de toda a matéria-prima necessária para a produção de um determinado produto, mesmo sem ter condições de utilizá-la em sua totalidade, impedindo com isto a entrada de concorrentes no mercado[552]. Suponhamos, ainda, que outras empresas só passaram a atuar após a extinção da exclusividade, quando finalmente puderam ter acesso à matéria-prima. Imaginemos que tenha sido possível calcular o sobrepreço que esta empresa conseguiu cobrar de seus consumidores durante o período em que perdurou a exclusividade. Neste caso poderia o Estado ajuizar ação com o intuito de obter indenização para reparar o dano de todos os consumidores que tiveram que pagar um preço maior em razão da sua conduta. Uma vez proferida a condenação genérica do infrator, todos aqueles que foram lesados poderiam habilitar-se e requerer a liquidação individual da condenação efetivada.

5.3.2.1.2 Legitimação dos órgãos e associações de defesa do consumidor

A legitimação das “entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos” pelo Código de Defesa do consumidor é conferida pelo inciso III do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor

Assim, qualquer órgão da administração pública que tenha a atribuição específica de proteção do consumidor possui legitimidade para a propositura de ação coletiva para reparação de direitos individuais homogêneos.

---

[552] O artigo 21 da Lei nº 8.884/94 estabelece as seguintes hipóteses de infrações contra a ordem econômica, na medida em que prejudicam a concorrência ou levam à dominação de mercado: “IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;(...) VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição”.

Tal legitimação alcança, inclusive, a Defensoria Pública, como expressamente reconhece o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.
> II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor".
> III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.
> Recurso especial provido "[553].

Já o art. 82, IV, do CDC confere legitimação "às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear".

A jurisprudência vem entendendo que a legitimidade das associações é exclusiva para as hipóteses de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos no âmbito das relações de consumo, não sendo possível, por exemplo, utilizar tal via para cobrança de valores pagos indevidamente a título de tributos[554]. Dada a expressa menção do art. 29 e a íntima relação entre a defesa da concorrência e a proteção do consumidor, entendo que há amparo para a legitimação das associações para a propositura de ação coletiva para reparação de danos causados por infração contra a ordem econômica.

---

[553] REsp 555111 – Rel. Ministro CASTRO FILHO - Terceira Turma - DJ 18/12/2006, p. 363.

[554] No âmbito do STJ destaco a ementa do seguinte julgado: "IV – Quando a Lei 7.347/1985 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na proteção da Ação Civil quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente" (REsp 97455 – Rel. Ministro Demócrito Reinaldo – Primeira Turma - DJ 10/03/1997 p. 5903 - LEXSTJ v. 95 p. 205 - RDR v. 8 p. 219.

Como a norma do inciso IV do art. 82 do CDC exige que a associação inclua entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, é imprescindível que o estatuto da associação mencione a proteção do consumidor entre as suas finalidades específicas.

Uma questão que se impõe é se há a necessidade de o estatuto também fazer alusão à defesa da concorrência para que seja possível ajuizar ação coletiva para reparação de danos ocasionados por infração contra a ordem econômica. Entendo que a resposta é negativa, já que o art. 29 da Lei nº 8.884/94 não faz tal exigência e remete diretamente ao art. 82 do CDC, que em seu inciso IV exige apenas a finalidade institucional de defesa do consumidor.

Destaco, finalmente, que a legitimação das associações está condicionada à sua prévia constituição há pelo menos um ano, a qual, no entanto, poderá ser dispensada caso haja relevância do bem jurídico tutelado[555], o que, em regra, ocorrerá nas hipóteses de danos causados aos consumidores por infrações contra a ordem econômica.

5.3.2.1.3 Legitimação do CADE

Há controvérsia quanto a ter sido atribuída legitimação ao CADE para a propositura de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos de consumidores lesados por condutas anticoncorrenciais julgadas pelo órgão.

Em recente artigo[556] defendi que sendo o CADE uma autarquia federal (art. 3º da Lei nº 8.884/94), ele estaria incluído no rol de legitimados a propor ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos (artigos 82, III e 91 do Código de Defesa do Consumidor c/c art. 29 da Lei nº 8.884/94). Sustentei que tal legitimação aumentaria bastante os instrumentos da autarquia no combate a infrações contra a ordem econômica. Com efeito, muito embora o ordenamento jurídico confira ao CADE a possibilidade de aplicar uma série de sanções para as infrações contra a ordem econômica e determinar a imediata cessação da conduta (artigos 23 a 25 da Lei nº 8.884/94), a lei não lhe atribui o poder de administrativamente ordenar que os

[555] Transcrevo, a propósito, a norma do 1º do art. 82 do CDC: "§ 1° O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido".

[556] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor* n. 49, São Paulo, Revistas dos Tribunais, janeiro-março de 2004, p. 29-32.

infratores indenizem aqueles que foram individualmente prejudicados. Portanto, o CADE teria as suas atribuições potencializadas caso tivesse a legitimação para ajuizar ação obtendo do Poder Judiciário a determinação da reparação dos danos causados por infrações contra a ordem econômica.

No entanto, o entendimento acima descrito foi objeto de ponderação em contrário, aduzindo que o CADE não é órgão "especificamente destinado à defesa dos concorrentes", como expressamente exige o art. 82, III, do CDC, o que não lhe conferiria legitimação ativa para a propositura de ação coletiva[557].

Reformulo, assim, o posicionamento anteriormente esposado. Efetivamente, o CADE não pode ser considerado órgão de proteção dos consumidores, uma vez que o art. 3º da Lei nº 8.884, de 1994 deixa claro que ele é uma autarquia judicante para decisão de processos relacionados com a defesa da concorrência.

Mesmo a circunstância da política de defesa da concorrência incluir como uma de suas finalidades a tutela do bem-estar do consumidor não transforma a autoridade judicante em órgão especificamente destinado à defesa do consumidor, até mesmo porque, como defendido no Capítulo 3, a execução da política de defesa da concorrência não se presta à adjudicação de direitos aos consumidores.

Ademais, embora o ajuizamento de ações de reparação de danos causados por infrações contra a ordem econômica ampliasse a esfera de atuação do CADE, tal atribuição ensejaria alegações de comprometimento de sua imparcialidade no julgamento de processos administrativos para o sancionamento de condutas anticoncorrenciais, já que poderia ser sustentado que seu entendimento teria sempre um viés a favor da condenação[558].

Os argumentos contrários à tese de que foi conferida legitimação ativa ao CADE são reforçados pela circunstância de que a lei de defesa da concorrência atribuiu outro relevante papel à autarquia nas ações civis públicas e nas ações coletivas: o de assistente do autor. Com efeito, estabelece o art. 89 da Lei nº 8.884/94: "Nos processos judiciais em que se discuta a

---

[557] CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 161-2. A autora afirma: "Em que pese o brilho de seu subscritor e seus jurídicos argumentos a tese não se sustenta diante da constatação de que o CADE, ainda que possua natureza de autarquia, não ostenta a qualidade de entidade "especificamente destinada à defesa dos interesses" dos concorrentes e/ou consumidores".

[558] CARPENA, Heloisa, *op. cit.*, p. 162.

aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente". Desse modo, nas ações coletivas de indenização por infração contra a ordem econômica, o CADE deve ser intimado para, desejando, intervir no feito na qualidade de assistente do órgão ou associação que propôs a ação, o que reforça o argumento da ausência de sua legitimação ativa *ad causam*.

5.3.2.1.4 Legitimação do Ministério Público

A legitimação ativa do Ministério Público em ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos que envolvam danos causados a consumidores em decorrência de infrações à legislação concorrencial é expressamente estabelecida pelo inciso I do art. 82 do CDC.

Não obstante o caloroso debate jurisprudencial a respeito da legitimação extraordinária do Ministério Público parece tranquila a possibilidade de propor ação coletiva de indenização de consumidores lesados por infração contra a ordem econômica, diante da relevância social dos interesses tutelados. Com efeito, a livre concorrência é um princípio constitucional (art. 170, IV e art. 174, § 3° da CF). Por seu turno, o parágrafo único da art. 1º da Lei nº 8.884, de 1994 estabelece expressamente que a coletividade é a titular dos interesses protegidos. Ademais, a reparação dos danos causados por infrações contra a ordem econômica é importante para a efetiva repressão à prática de tais condutas, o que traz um duplo benefício ao consumidor (a reparação dos danos a ele ocasionados e o desestímulo à prática de infrações contra a ordem econômica). Neste contexto, evidencia-se a presença de relevância social a legitimar a atuação do Ministério Público em tal seara.

Deste modo, não há óbices para a propositura de ação coletiva para a reparação de danos sofridos por consumidores em decorrência da prática de infrações contra a ordem econômica pelo Ministério Público. No entanto, tal legitimação é exclusiva para patrocinar o interesse dos consumidores, não podendo ser estendida para outros prejudicados pelas infrações contra a ordem econômica, tais como empresas concorrentes ou mesmo entes públicos. A elas restariam apenas ações individuais, por não serem consumidoras. Em outras palavras, apenas os consumidores (e não outros agentes econômicos que não se enquadrassem

no conceito do art. 2º do CDC) podem se aproveitar da ação coletiva movida pelo Ministério Público ou dos demais legitimados do art. 82 do CDC.

Tal conclusão alinha-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a legitimação do Ministério Público é para a tutela de direitos de consumidores[559]. Já em relação a outros direitos individuais homogêneos faz-se necessária a demonstração, em cada caso concreto, de que eles se revestem do caráter de indisponibilidade ou de relevância social[560].

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça o *leading case* foi o julgamento da Corte Especial que estabeleceu o entendimento da presença da legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos vinculados a relações de consumo[561].

Portanto, resta clara a legitimação do Ministério Público ajuizar ações coletivas para reparação de direitos individuais homogêneos de consumidores lesados por infrações contra a ordem econômica.

---

[559] STF – 2ª T. – RE nº 185360 – Rel. Min. Carlos Velloso - DJ 20/02/98 - Ata nº 3/98. Transcrevo o seguinte trecho da ementa: "I. - Ação civil pública que tem por objeto fixação e pagamento de mensalidades escolares: os interesses ou direitos daí decorrentes podem ser classificados como coletivos: legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública, mesmo porque, considerados esses direitos como individuais homogêneos, têm vinculação com o consumo, ou podem os titulares do direito ser considerados como consumidores: Lei 8.078/90, art. 2º e seu parág. único".

[560] Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 09.12.1999, v.m., decisão publicada *DJ* 17.12.1999. Transcrevo o seguinte trecho da ementa do acórdão: "O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.347/85, art. 1.°, lI, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; CF, art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com 'interesses sociais e individuais indisponíveis' (CF, art. 127, caput)."

[561] STJ - EREsp 141491 – Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER- CORTE ESPECIAL - DJ 01/08/2000 p. 182 - RDR v. 18 p. 174 - RSTJ v. 135 p. 22. Transcrevo, a propósito, a ementa do julgamento: "O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa".

5.3.3 Conteúdo da sentença

A sentença que julga procedente a ação coletiva apenas fixa a responsabilidade do réu pela reparação dos danos causados, sem indicar o montante a ser pago. Deste modo, é uma sentença ilíquida, porém certa, uma vez que estabelece o dever de indenizar[562].

Nesse contexto, no curso da instrução probatória da ação coletiva o juiz irá inicialmente verificar se o réu efetivamente cometeu um ato ilícito, o que, na hipótese analisada, pressupõe a demonstração de que houve a prática de uma infração contra a ordem econômica, sendo, assim, a conduta dos réus passível de enquadramento no tipo do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994.

Posteriormente, o Juiz deverá averiguar se tal conduta gerou um dano e que há nexo de causalidade entre o dano apontado e a conduta ilícita (que, para as finalidades da presente tese é a prática de uma infração contra a ordem econômica). Entendendo que sim, prolatará uma sentença condenatória genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Como ressaltado anteriormente, uma importante característica das ações de reparação de danos é que, ao contrário do que ocorre na esfera administrativa, há a necessidade de demonstrar que a conduta surtiu efeitos concretos que ocasionaram prejuízos aos consumidores, já que é imprescindível comprovar a ocorrência de dano. Será igualmente essencial comprovar o *quantum* do prejuízo. No entanto, a quantificação poderá ser efetivada na segunda fase, das habilitações individuais, na qual cada indivíduo irá demonstrar: a) que sofreu um dano; b) que há nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da empresa; c) quais são os prejuízos e qual o montante necessário para repará-los. Porém, não será objeto de discussão a obrigação da empresa em reparar tais prejuízos[563].

---

[562]GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 555-556. Nos dizeres da autora: "Logo se vê que o fato de a condenação ser genérica não significa que a sentença não seja certa, ou precisa. A certeza é condição essencial do julgamento, devendo o comando da sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-las. E essa certeza é respeitada, na medida em que a sentença condenatória estabelece a obrigação de indenizar pelos danos causados, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação da sentença (...). A sentença genérica do art. 95 é, portanto, certa e ilíquida. Enquadra-se no disposto no art. 586, § 1º do CPC, que contempla a condenação genérica como aquela que, reconhecendo em definitivo o direito, há de ser liquidada para estabelecer o quantum, ou a res, ou o facere ou o não facere".

[563] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 331. O autor ressalta: "É também por causa da natureza das coisas (no caso, da natureza dos interesses metaindividuais postos em juízo) que se pode compreender tenha o art. 95 previsto uma "condenação genérica,

Pensemos, por exemplo, em um cartel que tenha conseguido elevar artificialmente os seus preços no patamar de 10% acima do preço competitivo. Suponhamos que o pedido desta ação coletiva seja o ressarcimento dos prejuízos sofridos por todos os consumidores que pagaram pelo produto um montante superior ao preço médio praticado antes da eliminação da concorrência. Na hipótese da ação coletiva ser julgada procedente, o juiz irá fixar, genericamente, a obrigação do réu em indenizar todos aqueles que sofreram prejuízo em virtude da infração, pagando um sobrepreço para adquirir o produto. Na fase de habilitações será liquidado o dano sofrido por cada um dos consumidores, que terão que provar que sofreram o dano e qual o seu montante.

5.3.4. Prescindibilidade de prévia condenação pelo CADE

Uma questão polêmica é se para a propositura da ação de reparação de danos seria necessário aguardar a decisão do CADE julgando que a conduta do agente tipifica infração contra a ordem econômica.

O argumento em favor da imprescindibilidade de prévia condenação dos réus pelo CADE funda-se na dicção do art. 7º, II, da Lei nº 8.884, de 1994 que dispõe competir ao Plenário do CADE "*decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei*". Levado ao pé da letra, tal dispositivo determinaria que somente o CADE teria a atribuição de avaliar se uma determinada conduta configura ou não infração contra a ordem econômica e apenas após a sua decisão é que poderia ser proposta ação de reparação de danos.

No entanto, mais razoável é o posicionamento de que a propositura da ação de reparação de danos concorrenciais não depende da prévia existência de decisão do CADE julgando que a conduta do agente efetivamente configurou infração contra a ordem econômica.

Tal entendimento encontra amparo em primeiro lugar no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e em segundo lugar no comando

---

fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados". Fixada essa responsabilidade (an debeatur), apurar-se-á, em liquidação de sentença, o quantum debeatur, devido a cada consumidor que se apresente e demonstre o seu dano individual e o nexo causal".

do art. 29 da Lei nº 8.884, de 1994 que ao estabelecer a possibilidade de utilização de ação coletiva para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, expressamente utiliza a dicção "independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação".

Portanto, se por um lado é necessário caracterizar que a conduta corresponde a uma infração contra a ordem econômica (ou seja, se encaixa em todos os elementos do tipo descrito no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994) não é imprescindível que ela já tenha sido apreciada pelo CADE, já que a decisão final sobre o efetivo caráter ilícito da conduta cabe ao Poder Judiciário. Evidentemente, nos casos em que o CADE houver previamente decidido pela existência da infração, a tarefa do Juiz da causa será mais simples, pois bastará analisar a razoabilidade da decisão do CADE e adotar (caso também julgue que ocorreu infração contra a ordem econômica) ou rejeitar (caso conclua pelo caráter lícito da conduta) os seus fundamentos.

Há um terceiro argumento que reforça a desnecessidade de aguardar a prévia decisão do CADE: a independência entre as esferas civil, administrativa e penal, não havendo impedimento à apuração de uma determinada conduta nas três dimensões, quando configurados os requisitos necessários.

Existe inclusive importante precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que corrobora o meu posicionamento. Trata-se de julgamento de recurso especial interposto contra acórdão que manteve decisão proferida em ação civil pública que determinou a imediata cessação de conduta dos réus tida como infração contra a ordem econômica[564]. A conduta também era objeto de análise em Processo Administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico e as recorrentes sustentaram que o fato das autoridades de defesa da concorrência estarem analisando a conduta impedia que a mesma matéria fosse apreciada em sede de ação civil pública, que, assim, somente poderia ser proposta após a decisão do CADE que concluísse pela efetiva existência de infração contra a ordem econômica.

O STJ repeliu tal argumento, sustentando, em primeiro lugar, o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, que torna desnecessário o prévio esgotamento da

[564] STJ - RESP 677585 – Rel. Ministro Luiz Fux - Primeira Turma - DJ de 13.02.2006, p. 679.

esfera administrativa[565]. Aduziu, ademais, que a existência de processo administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico não dava ensejo à alegação de violação ao princípio do *ne bis in idem*, já que vige o princípio da independência entre a esfera administrativa e cível[566].

5.3.5 A doutrina dos *treble damages*

Finalizo o capítulo com o estudo da doutrina dos "*treble damages*" adotada na legislação dos Estados Unidos, a fim de averiguar a conveniência da sua adoção (com as devidas adaptações) no Brasil.

O sistema dos "*treble damages*" permite que o Poder Judiciário estabeleça indenizações correspondentes a três vezes o dano causado[567] e tem levado a um extenso número de ações ajuizadas para a reparação de danos causados a consumidores ou concorrentes por condutas anticoncorrenciais[568].

Há um intenso debate doutrinário nos Estados Unidos sobre os aspectos positivos e negativos do sistema de "*treble damages*" e da disseminação de litígios privados.

A doutrina enfatiza que o principal aspecto positivo da indenização multiplicada reside no incentivo ao ajuizamento de ações pelos lesados. Por seu turno, a existência de um elevado número de ações judiciais privadas e o alto valor da indenização teria um significativo efeito

---

[565] *Ibidem.* Transcrevo o seguinte trecho da ementa do acórdão: "5. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário in casu, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, a fortiori, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional".

[566] *Ibidem.* Reproduzo o seguinte parágrafo da ementa do acórdão: "16. Inexiste violação ao princípio do ne bis in idem, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, in casu, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes".

[567] A seção 4 do *Clayton Act* estabelece que: *"any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws shall recover three-fold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee."*

[568] Ver, a propósito, SALOP, Steven C.; WHITE, Lawrence J. Economic Analysis of Private Antitrust Litigation. *Georgetown. Law Journal.* v. 74, p. 1001-1064, 1985-1986. Os autores analisaram uma pesquisa extensa (denominada *Georgetown Private Antitrust Litigation Project*) que analisou cerca de 2350 litígios privados sobre danos causados por condutas anticoncorrenciais.

dissuasório para a prática de tais condutas, constituindo-se em um importante aliado da repressão estatal a condutas anticompetitivas[569].

Com efeito, há maior desestímulo à prática de condutas ilícitas caso as empresas que cometerem infrações contra a ordem econômica, além de arcarem com o pagamento de sanções pecuniárias, também forem condenadas a indenizar os agentes econômicos prejudicados. Há inclusive um estudo que demonstra que no período de 1990 a 2005 as condenações advindas de ações privadas corresponderam a mais de 40% das imposições pecuniárias aplicadas aos participantes de cartéis que foram processados administrativa ou judicialmente nos Estados Unidos[570].

Porém, há diversos autores que criticam a generalização do sistema de triplicação dos danos. O principal argumento é o de que a disseminação de litígios privados, principalmente de natureza oportunista (ou seja, ações ajuizadas por concorrentes com o objetivo primordial de aumentar os custos de seus rivais), poderia desestimular a adoção de condutas que por um lado fossem eficientes, reduzissem custos e até mesmo preços, mas por outro lado pudessem ser consideradas contrárias à legislação de proteção da concorrência. Tal cenário seria agravado pelo fato de que a regra da razão não permite, em uma série muito extensa de condutas, uma avaliação muito clara do que realmente configura violação à livre concorrência[571]. O sistema difuso de litígios privados aumentaria o risco de haver uma apreciação equivocada de determinada conduta que, apesar de positiva para o bem-estar geral,

---

[569] *Idem*, p. 1051. Os autores pontuam que: "*Modification of the treble damages remedy would have many ramifications. A decrease in the damages multiple would decrease deterrence, and violations would increase*". No entanto, os próprios autores defendem que o critério de multiplicação deveria ser flexibilizado, podendo ser diminuído ou aumentado pelos juízes na análise dos casos concretos. Outro ensaio que defende a manutenção do sistema de multiplicação dos danos, mas exclusivamente para os consumidores, é o de EASTERBROOKE, Frank. Detrebling Antitrust Damages. *Journal of law and economics*, v. 28, p. 445-467, 1985, p. 454. O autor destaca as seguintes vantagens: "*Multiplication is essential to create optimal incentives for would-be violators when unlawful acts are not certain to be prosecuted success- fully. Indeed, some multiplication is necessary even when most of the liability-creating acts are open and notorious. The defendants may be able to conceal facts that are essential to liability. More important, if the measure of liability is the excess of the monopoly price over the competitive price, times the number of units sold, it is necessary to include some multiplier in order to bring the allocative welfare costs of the violation home to the violator. Extracting the overcharge is not enough; the penalty must induce the putative offender to compare the allocative loss against any gains in productive efficiency, and that occurs when the sanction includes the full measure of the allocative loss*".

[570] CONNOR, John; HELMERS, Gustav. Statistics on Modern Private International Cartels, 1990 – 2005. *American Antitrust Institute Working Paper* n. 07-01, 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#PaperDownload. Acesso em 22.11.2009.

[571] GREENFIELD, Leon B.; OLSKY, David F. *Treble damages: to what purpose and to what effect?* London: British Institute of International and comparative Law, 2007 p. 6. Disponível em: http:de 19de 19www.wilmerhale.comde 19filesde 19Publication. Acesso em 10.11.2008.

pudesse ser erroneamente considerada como violadora das normas de proteção da concorrência[572].

No entanto, pode ser contraposto o argumento de que tal sistema diminui o incentivo à prática de condutas que efetivamente violam a concorrência (como, por exemplo, os cartéis), o que traz benefícios que superam os riscos apontados no parágrafo anterior. Nesta perspectiva, a cautela das empresas traz mais benefícios do que malefícios, na medida em que evita a adoção de condutas concretamente anticoncorrenciais. Corrobora esta assertiva o fato de que, embora a proporção dos litígios privados continue sendo muitíssimo superior às ações movidas pela *Federal Trade Commission* e pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (cerca de 90% das ações relacionadas com questões concorrenciais são movidas por empresas ou associações não governamentais), o número absoluto[573] decresceu sensivelmente a partir da metade da década de 80. Tal circunstância se deu, principalmente, em decorrência do Poder Judiciário dos Estados Unidos haver adotado parâmetros cada vez mais rígidos para concluir que uma conduta produz efeitos anticoncorrenciais, notadamente no campo das restrições verticais, das cláusulas de exclusividade e dos preços predatórios. Assim, houve diminuição do número de litígios em razão do progressivo entendimento jurisprudencial de que seriam lícitas muitas das condutas anteriormente vistas como anticoncorrenciais.

Em uma posição intermediária há autores que defendem que o fator de multiplicação deveria ser suprimido em determinadas hipóteses, devendo a indenização ser limitada ao montante do dano e não a três vezes o seu valor, principalmente na hipótese das ações de reparação ajuizadas por empresas concorrentes[574].

---

[572] BREIT William and ELZINGA Kenneth G. Private antitrust enforcement: the new learning. *Journal of Law and Economics*, v. 28, n. 2, 1985, pp. 405-443.

[573] VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. & HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 2000, p. 68. Por exemplo, enquanto em 1976 houve 1504 litígios privados e 70 ações movidas pelo Governo, em 1997 houve 570 ações privadas e 62 ações movidas pelos órgãos públicos.

[574] EASTERBROOKE, Frank. *Detrebling Antitrust Damages*, *op. cit.*, p. 459. Nesse caso, oferece os seguintes argumentos: *"(1) The victim of a boycott or the firm unable to sell its product because of a rival's tie-in or exclusive dealing contract can see the nature and source of its injury. (Rivals' pricing below cost will be harder to detect.) (2) When the plaintiff is a business rival, we do not worry about how the damages rules will affect consumers' substitution and precautions. Awards to rivals affect buyers only indirectly, by influencing the sellers. (3) The number of possible rival-victims is limited, concentrating the enforcement rights. (4) The usual measure of damages applied in these cases is lost profits, and as I argue in Section III this often is excessive. (5) The "victim" often brings suit more to raise its rivals' costs than to preserve competition (more on this below). And (6) there are other remedies"*. Ver, ainda: BAKER, Jonathan B. Private Information and the Deterrent Effect of

Outro argumento levantado contra a triplicação dos danos é o de que ela traria riscos à efetividade do programa de leniência, o qual permite que uma empresa seja beneficiada com a isenção ou a substancial redução da sanção pecuniária, caso denuncie a existência de uma prática anticoncorrencial da qual ela tomou parte e colabore concretamente para a produção das provas necessárias à condenação das demais empresas participantes. A possibilidade da empresa ser condenada a reparar os lesados em valor equivalente ao triplo dos danos causados seria um efetivo desestímulo ao seu ingresso no programa de leniência[575].

Sensível a tal argumento, o Congresso dos Estados Unidos aprovou em 2004 o *Antitrust Penalty Enhancement and Reform Act*, no qual estabeleceu que, obedecidas determinadas condições, a empresa que ingressasse no programa de leniência estaria sujeita a pagar uma indenização que corresponderia apenas ao valor do dano causado, não havendo a possibilidade de sua triplicação[576]. Tal modificação não apenas sanou o problema, como até mesmo potencializou os incentivos de ingresso no programa de leniência dos Estados Unidos, já que diminuiu sensivelmente o valor da indenização a que estaria sujeita a empresa condenada por ter participado de um cartel, tornando ainda mais vantajosa a sua participação no programa em comparação às empresas que nele não ingressaram.

Em que pese o grande debate doutrinário, não houve substanciais modificações no sistema de triplicação dos danos nos Estados Unidos, seja de ordem legislativa (exceção feita à modificação relacionada com o programa de leniência e citada no parágrafo anterior), seja de ordem jurisprudencial[577]. Assim, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário entenderam que o sistema apresenta pontos positivos que superam os efeitos colaterais negativos.

Antitrust Damage Remedies. *Journal of Law, Economics, & Organization, Oxford, V. 4, No. 2 (autumn, 1988)*, p. 407.

[575] GREENFIELD, Leon B. and OLSKY, David F., *op. cit.*, p. 8.

[576] Pub. L. 109-279, Title II, June 22, 2004, 118 Stat. 665 (2004).

[577] Uma importante exceção é a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977). Em tal julgamento foi estabelecido que o *Clayton Act* não dava aos compradores indiretos o direito à indenização triplicada. Após tal julgamento, inúmeros Estados aprovaram leis que estabeleciam tal direito expressamente para contornar a restrição imposta pela Suprema Corte. Tais leis normalmente são denominadas "*Illinois Brick repealers*" e foram editadas em cerca de 14 Estados e no Distrito de Colúmbia. Sobre o tema ver: GREENE, Thomas. State Indirect Purchaser Remedies Should Be Preserved. *Antitrust* v. 5, p. 25, 1990.

Por sua vez, no já mencionado livro branco sobre ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste, publicado em 2008, a Comissão Européia posiciona-se de modo favorável à indenização multiplicada (*treble damages)*, por ser um importante fator de incentivo para o ajuizamento de ações individuais e coletivas de reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais[578].

Entendo que seria conveniente introduzir um sistema de indenização multiplicada no Brasil, como forma de incentivar as ações de reparação de danos ocasionados por infrações contra a ordem econômica. O sistema é apto a gerar dois efeitos importantes para conferir maior efetividade à defesa da concorrência no Brasil: 1) desestimular a prática de condutas anticoncorrenciais, pois as empresas correm o risco não somente de receber sanções administrativas pecuniárias, mas também ter que arcar com elevado valor de indenização; 2) permitir uma melhor percepção dos benefícios da defesa da concorrência, já que os agentes lesados poderão ter a efetiva reparação de seus danos.

No entanto, seja pelas peculiaridades de nosso ordenamento jurídico (que praticamente não possui exemplos de indenizações com caráter punitivo), seja pelo amplo debate suscitado nos Estados Unidos acerca de possíveis efeitos colaterais do sistema dos *treble damages*, parece mais prudente introduzir paulatinamente o fator multiplicador no Brasil. Inicialmente, ele poderia ser limitado ao dobro do valor do dano causado[579] e apenas incidir em relação à conduta de cartel, que é reconhecida como a mais grave das infrações contra a ordem econômica. E, obviamente, tal multiplicação não seria aplicável à empresa que participou com sucesso do programa de leniência, a fim de que não fosse desestimulado o ingresso em tal programa. Poderia, por exemplo, haver a inserção de dois parágrafos no art. 29 da Lei nº 8.884, de 1994[580], com a seguinte redação:

---

[578] COMISSÃO EUROPÉIA. Livro branco sobre ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust.* Disponível em: http://edbl.drapc.min-agricultura.pt/base/documentos/comissao_europeia/livro_branco_antitrust.pdf. Acesso em 12.12.2008.

[579] Escolhi este fator de multiplicação (duas vezes) por já haver outras hipóteses no ordenamen*to jurídico brasileiro em que se estabelece uma indenização punitiva. É o caso, por exemplo, do art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor que estabelece: "O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".*

[580] Obviamente, tal inserção poderia ocorrer no artigo correlato do Projeto de Lei nº 3.937-b de 2004 que trata da matéria (no caso, o art. 47, que possui redação idêntica ao do art. 29 da Lei nº 8.884, de 1994).

> § 1º Nas hipóteses de infrações à ordem econômica que se relacionam ou decorrem das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei o juiz poderá fixar indenização que corresponda ao dobro do valor dos danos sofridos".
> § 2º Não se aplica a majoração prevista no § 1º à empresa que tenha celebrado o acordo de leniência e cumprido todos os seus requisitos, nos termos do art. 35-B.

A introdução paulatina do fator multiplicador permitiria observar os seus resultados para posteriormente avaliar-se a pertinência de sua ampliação a outras hipóteses.

CONCLUSÕES

A defesa da concorrência traz nítidos benefícios para o bem-estar do consumidor, na medida em que tutela as condições propícias para o exercício de direito de escolha, bem como preserva os mecanismos competitivos de formação de preço e de incentivos à inovação e aperfeiçoamento de bens e serviços. A defesa do consumidor também beneficia a concorrência, na medida em que garante o acesso às informações adequadas, veda a publicidade enganosa e assegura a liberdade de contratação, estabelecendo um padrão de competição baseado na boa-fé e transparência. Assim, a proteção do consumidor e a defesa da concorrência são duas políticas públicas que devem ser executadas de modo harmônico e que rendem benefícios mútuos.

Uma peculiaridade importante do Brasil é que a livre concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico e a defesa do consumidor são princípios constitucionais conformadores da ordem econômica. A aplicação conjugada de tais princípios ampara perfeitamente políticas públicas de defesa da concorrência que coloquem dentre os seus objetivos a proteção do consumidor, como, por exemplo, estabelecer a preservação do excedente do consumidor e do seu direito de escolha dentre os critérios de análise dos atos de concentração.

A harmonização das duas políticas demanda a adoção de um conceito unificado de consumidor, a fim de que seja possível demarcar qual é o sujeito tutelado. O conceito mais compatível é o da teoria finalista, que considera consumidor o destinatário final fático e econômico do bem ou serviço.

Portanto, não é considerado consumidor o adquirente de produto que o revende, transforma ou o utiliza como insumo em sua atividade produtiva. Igualmente, em regra não possui a natureza de consumidor o empresário que adquire os produtos ou serviços de forma instrumental, pois não é o destinatário final econômico do produto ou serviço, já que, mesmo sem a sua transformação, o utiliza no desempenho de uma atividade empresarial. Nas hipóteses tratadas no presente parágrafo os adquirentes são considerados fornecedores e, assim, não fazem jus às mesmas prerrogativas conferidas aos consumidores.

Uma importante ressalva dá-se em relação à adoção da teoria finalista ampliada, que permite a aplicação das normas de proteção do consumidor ao empresário que utilize o produto ou serviço de maneira instrumental e demonstre possuir, no caso concreto, vulnerabilidade na sua relação com o fornecedor do produto ou serviço. A sua aplicação para fins de execução da política de defesa da concorrência reveste-se de excepcionalidade bem mais intensa do que no campo das normas de proteção do consumidor. Assim, apenas em hipóteses em que reste evidente que a coletividade de adquirentes finais empresariais é vulnerável, haverá ensejo para a ampliação do conceito finalista.

No entanto, é importante ressaltar que a regra será a existência de consumidores dentre as diversas espécies de adquirentes de um determinado produto ou serviço, sendo exceção a completa ausência de interesses dos usuários finais envolvidos na análise de uma fusão ou de uma conduta. Neste contexto, a decisão de proibir ou impor restrições a um ato de concentração fundamentada na tutela do bem-estar de consumidores em sentido estrito reverterá também em benefício dos demais adquirentes do mesmo produto ou serviço, em razão da indivisibilidade da decisão proferida pela autoridade de defesa da concorrência. Em outras palavras, a tutela do consumidor em sentido estrito, em regra, beneficiará também os demais adquirentes do bem ou serviço componente do mercado relevante atingido, uma vez que normalmente não é possível modular os efeitos da decisão em razão da espécie de "comprador" atingido. Tal circunstância apenas deixará de ocorrer nas hipóteses em que não for possível identificar a categoria de consumidores dentre os agentes econômicos atingidos pelos efeitos da conduta ou do ato de concentração.

Em coerência com a adoção do conceito unificado, o agravamento da sanção imposta aos agentes econômicos que, ao cometerem infrações contra a ordem econômica, lesionarem os consumidores (art. 27, V, da Lei nº 8.884, de 1994), somente incide caso seja possível identificar representantes da categoria dos consumidores em sentido estrito dentre as vítimas da lesão.

A análise da experiência internacional e brasileira demonstra a existência de substrato normativo e teórico para incluir a preocupação com o bem-estar do consumidor como um dos objetivos da política de defesa da concorrência.

As normas específicas de defesa do consumidor o tutelam como objetivo imediato, dentro da lógica do reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado, incidindo diretamente sobre a relação de consumo estabelecida, adjudicando direitos.

Já no âmbito da política de defesa da concorrência, a proteção do consumidor é um objetivo mediato, uma vez que não incide diretamente sobre a relação de consumo, não adjudicando direitos. No entanto, isso não retira a sua importância, uma vez que o consumidor usufrui benefícios concretos com a execução da política antitruste.

O bem-estar do consumidor, por seu turno, vincula a atuação das autoridades responsáveis pela execução da política de defesa da concorrência, pois, ocorrendo os pressupostos de aplicação das normas antitruste (principalmente a presença de efeitos que limitem a concorrência ou ampliem uma posição dominante), a decisão da autoridade que aprecia um ato de concentração ou uma conduta não pode desconsiderar o bem-estar do consumidor.

As duas políticas utilizam diferentes instrumentos e perspectivas na tutela do bem-estar do consumidor, o que fica claro na análise da proteção do direito de escolha.

A tutela da escolha pela política de defesa do consumidor não se dá através de regras endereçadas à estrutura do mercado, mas sim ao comportamento dos fornecedores, sobretudo através do estabelecimento do direito à ampla informação, à educação para o consumo e à vedação da publicidade enganosa. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, busca estabelecer o acesso do consumidor às informações necessárias e verídicas para que ele efetive a escolha refletida e consciente do produto ou serviço mais adequado às suas necessidades.

Já a política de defesa da concorrência procura viabilizar a possibilidade de escolha entre mais de um fornecedor de produtos ou serviços, contendo regras que possuem preocupação com o comportamento dos agentes econômicos e com a estrutura do mercado relevante atingido por determinada conduta ou fusão.

O exemplo mais contundente da concretização da tutela do bem-estar do consumidor pela execução da política de defesa da concorrência dá-se no controle de estruturas. Com efeito, ao se impedir a consolidação de concentrações que tragam a dominação de mercado ou substancial prejuízo à concorrência, previne-se o prejuízo ao consumidor.

O benefício do consumidor com o controle de estruturas não se dá apenas no plano retórico, sendo substancialmente concreto, na medida em que a atuação das autoridades responsáveis pela análise dos atos de concentração é vinculada à preservação do excedente do consumidor e das condições imprescindíveis ao exercício do direito de escolha.

Tal vinculação incide na última etapa de análise de atos de concentração que impõem limitações substanciais à concorrência, na qual ocorre a ponderação das eficiências econômicas compensatórias eventualmente existentes. Nesta etapa, necessariamente será analisado se há ou não efeitos potencialmente danosos aos interesses dos consumidores dos produtos ou serviços que compõem o mercado relevante atingido.

Nessa perspectiva, os atos de concentração que limitem substancialmente a concorrência não poderão ser aprovados, ainda que gerem eficiências econômicas, caso impliquem prejuízo aos consumidores. Assim, por exemplo, não podem ser admitidas fusões que propiciem condições para que a empresa fusionada aumente os preços, apropriando-se de parcela do excedente do consumidor.

É igualmente relevante a utilização do critério da escolha nas hipóteses em que ocorra diminuição significativa das opções do consumidor, sobretudo em mercados caracterizados pela concorrência "não preço" (*non price competition*), ou seja, na qual o preço não é a principal variável competitiva, como se dá nos mercados regulados (em que o preço é parametrizado ou mesmo fixado pelo órgão regulador) ou nos mercados de alta tecnologia (em que a principal variável é a qualidade do produto e, principalmente, o seu caráter inovador).

O uso do critério da escolha pode ser perfeitamente compatibilizado com os métodos de análise atualmente empregados. Assim, o estudo dos efeitos do ato de concentração sobre o padrão de escolha dos consumidores seria uma etapa analítica que teria ensejo após terem sido completadas as fases de análise das eficiências compensatórias e do impacto em preços. A utilização do paradigma da escolha possui pertinência, por exemplo, como um critério de "desempate" nas situações em que houver dúvidas entre impugnar ou não um ato de concentração ou como fator de reforço aos argumentos a favor da impugnação, nas hipóteses em que o bem-estar do consumidor tiver sido afetado com a diminuição substancial das opções necessárias ao exercício do direito de escolha.

A lei brasileira normatizou corretamente a matéria ao expressamente incluir a preservação do bem-estar do consumidor como critério de análise dos atos de concentração que limitam a concorrência, mas geram eficiências econômicas (art. 54, § 1º, II e § 2º da Lei nº 8.884, de 1994). Em consequência, os órgãos de defesa da concorrência não podem aprovar uma operação que restrinja a concorrência e crie condições propícias para aumento de preços, eliminação da possibilidade de escolha e diminuição de qualidade ou quantidade de produtos ou serviços. Portanto, o aplicador da legislação de defesa da concorrência está vinculado a não aprovar atos de concentração que prejudiquem o consumidor, o que demonstra que o seu bem-estar possui importância central no âmbito do controle estrutural.

O critério adotado pelo legislador brasileiro é compatível com o texto constitucional, que exige a harmonização da defesa da concorrência com a proteção do consumidor. Assim, eventual alteração da lei de defesa da concorrência não poderá suprimir a obrigação do CADE adotar o critério de preservação do bem-estar do consumidor, sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

Ademais, as disposições legais e constitucionais condicionam a atuação dos órgãos executores da política de defesa da concorrência, que não podem tomar decisões ou editar atos normativos que contrariem tais textos. Em consequência, é inválido o item 85 da Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, na parte em que permite a aprovação de um ato de concentração caso as eficiências tragam benefícios ao bem-estar geral, ainda que em prejuízo ao bem-estar específico dos consumidores.

O âmbito da repressão a infrações contra a ordem econômica também é um campo importante para a tutela do bem-estar do consumidor, tanto que há condutas que podem configurar, ao mesmo tempo, infrações contra a ordem econômica (artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884, de 1994) e práticas abusivas (art. 39 do Código de Defesa do Consumidor). Embora as descrições de alguns dos tipos aparentemente coincidam (como se dá, por exemplo, em relação à venda casada), os requisitos para sua configuração são distintos, e há diversidade de fundamentos e de esferas jurídicas tuteladas, não ocorrendo, assim, *bis in idem*.

É de grande importância a colaboração entre as diversas autoridades de defesa da concorrência e de proteção do consumidor. A começar pela troca de dados e informações. Por exemplo, é comum que as autoridades de proteção do consumidor façam acompanhamento de

preços de determinados produtos, para que os consumidores possam escolher os produtos com melhores preços. Tal material pode ser útil para auxiliar uma investigação sobre cartéis. Ademais, se as duas autoridades estiverem investigando a mesma conduta podem efetivar operações conjuntas ou mesmo dividir tarefas e compartilhar provas coletadas.

Haverá, ainda, hipóteses de troca de uma linha de investigação por outra. Seria o caso da autoridade de defesa da concorrência estar investigando uma denúncia de venda casada e concluir pela inexistência de poder de mercado da empresa acusada, cuja conduta é incapaz de produzir efeitos sobre a concorrência, o que não permite a tipificação como infração contra a ordem econômica. Em tal hipótese, os elementos coligidos podem ser úteis para o enquadramento da conduta como prática abusiva tipificada no Código de Defesa do Consumidor, sendo, assim, pertinente a remessa de cópia dos autos às autoridades de proteção do consumidor.

A interação entre proteção do consumidor e defesa da concorrência também deve ser reforçada através da institucionalização de mecanismos de reparação dos danos causados aos consumidores por condutas anticoncorrenciais.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro estabelecer um adequado regime de legitimação para a propositura de ações coletivas de reparação dos danos ocasionados aos consumidores por infrações contra a ordem econômica, constata-se a sua modesta utilização. Como forma de contribuir para o estímulo a um uso mais intenso das ações coletivas de indenização, proponho a introdução de um sistema de cálculo do *quantum* indenizatório lastreado na multiplicação do valor dos danos causados, inspirado no existente nos Estados Unidos (*treble damages*).

O aludido sistema poderia aumentar o desestímulo às condutas anticoncorrenciais, pois os agentes econômicos que as praticassem correriam o risco de ter que arcar com elevado valor de indenização, além de sofrerem a imputação de sanção administrativa pecuniária. Ademais, as ações indenizatórias permitem uma melhor percepção dos benefícios da defesa da concorrência, já que possibilitam a efetiva reparação dos danos causados aos consumidores por infrações contra a ordem econômica. Seria, no entanto, mais adequada a introdução paulatina do fator multiplicador no Brasil que, inicialmente, poderia ser limitado ao dobro do

valor do dano causado e apenas incidir em relação à conduta de cartel, não sendo aplicável à empresa que participou do programa de leniência, a fim de não desestimular o seu ingresso.

No Brasil há uma peculiaridade cuja manutenção merece apoio: o fato dos valores arrecadados com as multas pecuniárias impostas aos agentes condenados por prática de infração contra a ordem econômica reverterem ao Fundo Federal de Direitos Difusos e Coletivos. Tal destinação é pertinente, pois além de permitir o financiamento de projetos diretamente relacionados com a defesa da concorrência, também possibilita o patrocínio de projetos relacionados com a defesa do consumidor, que é, afinal, intensamente prejudicado pela prática de infrações contra a ordem econômica.

Tanto a política de defesa da concorrência quanto a política de proteção do consumidor são essenciais para a adequada tutela de seu bem-estar. As normas do Código de Defesa do Consumidor tornam possível uma escolha consciente e refletida, além de impedir que haja práticas e cláusulas abusivas após a relação de consumo ter sido estabelecida. O CDC preocupa-se fundamentalmente com a isonomia na relação de consumo, na medida em que reconhece a vulnerabilidade do consumidor e estabelece mecanismos compensatórios. Suas normas, por exemplo, determinam que sejam fornecidas aos consumidores as informações adequadas à reflexão necessária ao exercício de escolha, bem como tornam ilícitas práticas e cláusulas abusivas impostas pelos fornecedores no transcorrer da relação de consumo.

Já a defesa da concorrência possui uma preocupação com a liberdade, tratando de viabilizar a existência de opções que permitam o exercício da escolha do consumidor. É uma proteção externa e anterior à relação de consumo.

O consumidor, assim, tem nas duas políticas os pilares da tutela de seu bem-estar. Sem as normas específicas de defesa do consumidor não há consciência no momento da escolha, por falta de informação adequada, ou a sua deturpação por enganosidades. Sem a política de defesa da concorrência não há sequer como exercer o direito de escolha, por falta de opções. Sem o Código de Defesa do Consumidor ele seria vítima de práticas e condutas abusivas. Sem concorrência, o consumidor seria prisioneiro de um único fornecedor.

Assim, o CDC oferece a isonomia como remédio para compensar a vulnerabilidade. Já as normas de defesa da concorrência procuram resguardar a liberdade para permitir a existência de opções. Nesse contexto, a combinação das duas políticas de proteção é uma

imposição da Constituição Federal, na medida em que fortalece a defesa dos consumidores (art. 170, V), promove a liberdade de concorrência (art. 170, IV), efetiva a repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), eleva a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), colabora para a redução das desigualdades sociais (art. 3.º, III) e promove a justiça social (art. 3.º, I e art. 170, caput).

BIBLIOGRAFIA

AKERLOFF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of economics,* v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, João Batista. *A Proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva 3ª ed., 2004.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas comunidades européias*. Coimbra: Coimbra, 1992.

ANDRADE, Vítor Morais de. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Atlas, 2008.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999.

AREEDA, Philip. *The rule of reason in antitrust analysis: general issues*. Washington: Federal Judicial Center, 1981.

_____; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, texts, cases.* Boston: Little, Brown and Company, 1988.

ARROW, Kenneth. Uncertaninty and the welfare economics of medical care. *American Economic Review,* v. 53, n. 5, pp. 941-973, 1963.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumer Sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection Law. *Antirust Law Journal* v. 65, p. 713-746, 1997.

_____. Using the "consumer choice approach" to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, p. 175-264, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *A Nova Economia Institucional e a Defesa da Concorrência: reintroduzindo a história*. Rio de Janeiro: UFRJ/IE, 2006. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto_14_11.pdf. Acesso em 16.10.2009.

BADIN, Arthur. Venda Casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 5, São Paulo:Thompson IOB, p. 51, jan/mar 2005.

BAIN, J. S. Relation to profit rate to industry concentration: American manufacturing, 1936-1940. *Quaterly Journal of Economics v.* 65, p. 293, 1951.

_____. *Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 1956.

BAKER, Jonathan B. Private Information and the Deterrent Effect of Antitrust Damage Remedies. *Journal of Law, Economics, & Organization, Oxford, v. 4, n. 2*, pp. 385-408*, 1988*.

_____. Product Differentiation Through Space and Time: Some Antitrust Policy Issues. *Antitrust Bulletin* v. 42. p. 177-196, 1997.

_____. Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views, *Antitrust Law Journal*, v. 58, p. 645, 1989.

_____. A Preface to Post-Chicago Antitrust. In: VAN DER BERGH, Roger; PARDOLESI, Roberto; CUCINOTTA, Antonio (eds). *Post Chicago Developments in Antitrust Analysis*. London: Edward Elgar, 2002.

_____. The Case for Antitrust Enforcement. *Journal of Economic Perspectives*, v. 17(4): p. 27–50, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso António. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 57/58, p. 232-256, 1981.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Aurélio Wander. *Estudos introdutórios de Direito Econômico*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BAUMOL, W. J. Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure. American Economic Review v. 72 (1), p. 1-15, 1982.

BELLAMY, Cristopher; CHILD, Graham D.. *European Community Law of Competition.* London: P.M. Roth QC, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 628, pp. 69-79, fev. de 1988.

_____. Comentários aos artigos 12 a 27 do CDC. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 10, São Paulo, Revistas dos Tribunais, p. 21-26, 1994.

_____. Das práticas comerciais. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 161-282, 1995.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2005.

BESSA, Leonardo. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição & os monopólios: análise das alterações com as reformas de 1995 e 1999*. Curitiba: Juruá, 2001.

BOURGOGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consummation*. Bruxelas: Story-Scientia, 1988.

_____. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, São Paulo, Revistas dos Tribunais, p. 7-51, 1992.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993

BREIT William; ELZINGA Kenneth G. Private antitrust enforcement: the new learning. *Journal of Law and Economics*, v. 28, n. 2, pp. 405-443, 1985.

BRODLEY, Joseph F. The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress, *New York University Law Review*, v. 62, pp. 1020-1053, 1987.

_____; BOLTON, Patrick; RIORDAN,Michael. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy. *Georgetown Law Journal*, v. 88, p. 2239, 2000.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consomation*. Paris: Delloz, 1996.

CALKINS, Stephen. The New Merger Guidelines and the Herfindahl-Hirschman Index. *California Law Review*, v. 71, n. 2, pp. 402-429, Mar., 1983.

CAMPELLO, Dyle. *Direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almenida, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARDOSO, Fernanda G. Análise de eficiências compensatórias: lições dos casos AmBev e Nestlé - Garoto. *Informações FIPE* n. 324, p. 26-30, Setembro de 2007.

CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M. *Modern Industrial Organization*. New York: Harper Collins College, 1994.

CARLTON, *Dennis W.* Does antitrust need to be modernized? *Journal of Economic Perspectives*, v. 21, n. 3**,** pp. 155–176, 2007.

CARNEIRO NETO. Dionísio D. Política de controle de preços industriais – perspectiva e análise institucional da experiência brasileira. *In:* IOEA/INPES. *Aspectos da participação do governo da economia*, série monográfica n. 26, p. 135-74, 1976.

CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASSINIS, Paolo; FATTORI, Piero. Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori. *In*: ALPA. Guido; LEVI, Vana. *I diritti dei consumatori e degli utenti: um commento alle Leggi 30.7.1998 N. 281 e 24.11.2000 N. 340 e al decreto legislativo 23.4.2001 N. 224*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 185-207.

CAVALCANTE, Léia Baeta. Poder de Compra do Varejo Supermercadista: Uma Abordagem Antitruste. *Documento de trabalho n. 30*. Brasília: SEAE/MF, 2004.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. *Revista do Advogado*, n. 47, AASP, março de 1996.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica* v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

_____. The problem of social cost. *Journal of law and economics v.* 3, p. 1-44, 1960.

_____. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. A compra e venda, os Empresários e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, São Paulo, Revistas dos Tribunais, p. 36-43, 1992.

_____. *Direito antitruste brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMISSÃO EUROPÉIA. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas. *Jornal Oficial da União Européia* de 5.2.2004, C 31, p. 5-18.

_____. Livro branco sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. Disponível em: http://edbl.drapc.min-agricultura.pt/base/documentos/comissao_europeia/livro_branco_antitrust.pdf. Acesso em 12.12.2008.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, v. 353, p.14-26, março de 1965.

_____. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil* n. 15/16, p. 89-105, 1974.

_____. A função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil* n. 63, p. 71-79, 1986.

_____. Regime Constitucional de Controle de Preços no Mercado. *Revista de Direito Público*, v. 97, p. 19-28, 1991.

CONNOR, John M.. Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels. *Journal of Industrial Competition Trade* v. 6, pp.195–223, 2006.

_____. *Global Price Fixing*. Heidelberg: Springer, 2007.

_____. Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence. *Research in Law and Economics*, Volume 22, p. 59–153, 2007.

_____; HELMERS, Gustav. Statistics on Modern Private International Cartels, 1990 – 2005. *American Antitrust Institute Working Paper* n. 07-01, 2007. Disponível em:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#PaperDownload. Acesso em 22.11.2009.

CONSIDERA, Cláudio. *Uma breve história da economia política da defesa da concorrência*, Brasília: SEAE, 2002. Disponível em: www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab22.pdf;

_____; CORRÊA,Paulo. *"The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy", mimeo*, SEAE/MF, série documentos de trabalho nº 11. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab11.pdf. Acesso em 04.02.2009.

COSTA, Carla Guapo. *O modelo alemão e a "economia social de mercado" num contexto de globalização*. Disponível em: http://www.dpp.pt/pages/files/infor_inter_1999_II_I.pdf. Acesso em 14.12.2008.

CRANDALL, R.W.; WINSTON, C. Does Antitrust Policy improve consumer welfare? Assessing the evidence. *Journal of Economic Perspectives*, v. 17, n. 4, p. 3-26, 2003.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência - Mercosul e União Européia*. Barueri: Manole, 2003.

DALKIR, Serdar; WARREN-BOULTON, Frederick. Prices, market definition and the effects of merger: Staples-Office Deport (1997). In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution: economics, competition and policy.* New York, Oxford: Oxford University, 1999, pp. 143-164.

DA MATA, Milton. Controle de preços na economia brasileira: aspectos institucionais e resultados". In: *Pesquisa e planejamento Econômico*, v. 10, n. 3, p. 948, dezembro de 1980.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & Constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2000.

DEPRANO, Michael E.; NUGENT, Jeffrey B. Economies as an Antitrust Defense: Comment. *American Economic Review*, v. 59, n. 5, pp. 947-953, 1969.

DE LA CRUZ. Rafael Naranjo. Apresentação. In: SOMBRA. Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: Sérgio António Fabris, 2004.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DEMSETZ, H. Industry structure, market rivalry and public policy. *Journal of Law and Economics* , v. 16, p. 351-364, 1971.

DURIGAN, Paulo Luiz. Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência. Curitiba, 2007, 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas Curitiba. Disponível em http://www.apriori.com.br/artigos/publicidadecomparativa.pdf. Acesso em 17.12.2009.

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

DWORKIN, Ronald. *The law's empire.* Cambridge: Harvard University Press, 1986.

EASTERBROOKE, Frank. Detrebling Antitrust Damages. *Journal of Law and Economics,* v. 28, p. 445-467, 1985.

EFING, António Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Bancos de dados e cadastros de consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003.

FARIA, Guiomar T. Estella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIA, Werter. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política*, v. 14, n. 3, p. 78-93, julho-setembro de 1994.

_____; AZEVEDO, Paulo Furquim. AMBEV: a fusão e seus efeitos no mercado de cervejas. In*:* MATTOS, César (Org.). *A revolução antitruste no Brasil: a teoria aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 131-157.

FARRELL, Joseph.; KATZ, Michael L.. The Economics of Welfare Standards in Antitrust. *Competition Policy International v.* 2, p. 3-28, 2006.

FEDERAL TRADE COMISSION. *A Study of the Commission's Divestiture Process*. Washington: FTC, 1999. Disponível em: http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf. Acesso em: 5.12.2007.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio. *A economia e o controle do Estado*. São Paulo: O Estado de São Paulo de 4.6.1989.

_____. *Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional*. *Revista dos Mestrandos em direito econômico da UFBA*, v. 2, p. 70, 1992.

_____. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC v. 4, n. 6*, p. 87-89, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Maria Conceição Martins. Princípios constitucionais informadores da República Federativa do Brasil e da ordem econômica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 25, p. 134-186, out./dez. 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos dos consumidores. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Manual de direitos do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FISHER, A.; LANDE, R. Efficiency considerations in merger enforcement. *California Law Review*, v. 71, p. 1580-1696, 1983.

FISHER, A.; JOHNSON, F.; LANDE, R. Price Effects of Horizontal Mergers. *California Law Review*, v. 77, p. 777-827, 1989.

FISS, Owen. The death of law. *Cornell Law Review* v. 72, pp. 1-15, 1986.

FOER, Albert A. The goals of antitrust: thoughts on consumer welfare in the US. In: MARSDEN, Philip (Ed.). *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. Posição Dominante e seu Abuso. *Revista de Direito Econômico*, v. 26, p. 105-137, Ago/Dez. 1997.

_____. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Contratos de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FOX, Eleonor M. The efficiency paradox. In: PITOFSKY, Robert. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analy*sis *on U.S. Antitrust*. *Oxford: Oxford University*, p. 77-88, 2008.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998.

FRIDOLFSSON, Sven-Olof. A Consumer Surplus Defense in Merger Control. In: GHOSAL, Vivek and STENNEK, John (Eds). *The Political Economy of Antitrust (Contributions to Economic Analysis)*, v. 282, Elsevier 2007.

FRIGNANI, A.; PARDOLESSI, R.; PATTRONI GRIFFI, A.; UBERTAZZI, L.C. *Diritto Antitrust Italiano. Bologna: Zanichelli*, 1993.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne e PAYET, Marie-Stéphane. *Droit de la Concurrance.* Paris: Dalloz, 2006.

GAMA Marina Moreira da e RUIZ, Ricardo Machado A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. Disponível em: http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A109.pdf. Acesso em 20.12.2008.

GAMA, Hélio Zagheto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de janeiro: Forense, 2004.

GELLHORN, E. e KOVACIC, William. *Antitrust Law and Economics*. St Paul (Minn.): West Publishing Co., 1994.

GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, n.. 1, pp. 25-84, 1994.

_____. *Law and competition in twentieth century in Europe. Oxford: Oxford University Press*, 1998.

GILBERT, Richard J.; SUNSHINE, Steven C. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. *Antitrust Law Journal*, v. 63, p. 569, 1995.

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

GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio António Fabris, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVEZ, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição.* São Paulo: Singular, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito Posto e Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GREENE, Thomas. *State Indirect Purchaser Remedies Should Be Preserved. Antitrust, v.* 5, p. 25, 1990.

GREENFIELD, Leon B.; OLSKY, David F. *Treble damages: to what purpose and to what effect?* London: British Institute of International and comparative Law, 2007. Disponível em: http://www.wilmerhale.com/files/Publication. Acesso em 10.11.2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 537-567, 1995.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso de poder econômico. *Revista de direito mercantil,industrial, econômico e financeiro,* n. 66, p. 41-52, abril-junho de 1987.

GUERRIERO, Ian Ramalho. *Modelos de simulação na análise antitruste: Teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Profissionais/T1/1L/Modelos_de_simulacao.pdf. Acesso em: 26.9.2009.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HAY, George A. An Economic Analysis of Vertical Integration. *Industrial Organization Review*, v. 1, n. 3, p. 188-198, 1973.

HAYEK, Friedrich. Individualism and economic order. Chicago: The University of Chicago Press, 1948.

HEILBRONER, Robert L. *A formação da sociedade econômica*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1980.

HELM, Dieter and JENKINSON, Tim. *Competition in regulated industries*. London: Oxford University, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HEYER, Ken. Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best? *Competition Policy International* v. 2, p. 29-54, 2006.

HICKS. John R. The Foundations of Welfare Economics**.** *The Economic Journal*, v. 49, n. 196, pp. 696-712, 1939.

HIRSCHMAN, Albert O. The Paternity of an Index. *American Economic Review*, v. 54 , p. 761-762, 1964.

HOVENKAMP, Herbert. *Economics and federal antitrust law. St. Paul: West Publishing Co.*, 1986.

_____. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, St. Paul: Thomson/West, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Dos Crimes contra a Economia Popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. Santa Fé: *Rubinzal-Culzoni*, 2003.

JONES, Clifford A. *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA. Oxford: Oxford University Press*, 1999.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *Economic Journal*, v. 49, n. 195, pp. 549–552, 1939.

KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. *Antitrust*. Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 575, 2007. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=961264. Acesso em 05.09.2009.

KEMANI, Shyan. *Diretrizes para implementação de legislação de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2003.

KHOURI, Paulo Roque. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Atlas, 2005

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The Chicago School's foundation is flawed: antitrust protects consumers, not efficiency. In: PITOFSKY, Robert. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analy*sis *on U.S. Antitrust. Oxford: Oxford University*, 2008.

KOLASKY, Willian J.; DICK, Andrew R. The merger guidelines and the integration of efficiencies into antiruste review of horizontal mergers. *Antitrust Law Journal*, v. 71, p. 207-252, 2003-2004.

KOTLER, Philip. *Marketing*. São Paulo: Atlas, 1986.

KRATTENMAKER, Thomas; SALOP, Steven. Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. *Yale Law Journal*, v. 96, p. 209-293, 1986.

KWOKA JR., J. E. *The attack on antitrust policy and consumer welfare: A response to Crandall and Winston* (Working Paper 03-008). Boston: Department of Economics, Northeastern University, March, 2003.

LANDE, Robert H. The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust, *The Antitrust Bulletin* v. 33, p. 429-436, 1988.

_____. Are Antitrust "treble" damages really single damages? *Ohio St. L.J., v. 54*, p. 115-154, 1993.

LEITE, George Salomão (organizador). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Direito da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 34, p. 79-87, abr./jun. 2000.

LORENZETTI, Ricardo. *Consumidores.* Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

LYONS, Bruce R., *Could Politicians Be More Right than Economists? A Theory of Merger Standards*. University of East Anglia, Centre for Competition and Regulation Working Paper CCR 02-1, May 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e proteção do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACKIE-MANSON, Jefrey.; METZLER, John. Links between vertically related markets: Kodak (1982). In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution: economics, competition and policy.* New York, Oxford: Oxford University Press, p. 386-408, 1999.

MAGALHÃES, Agamenon. Abuso de poder econômico. *Revista Forense*, v. 124, p. 285-289, agosto de 1949.

MAGALHÃES, Carlos Francisco. Leis que preservam a concorrência protegem o consumidor. *Revista de Direito Econômico*. Brasília, CADE, ano II, n. 5, p. 3-5, dez. 1976.

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

MANN, H. M. *Seller concentration, barriers to entry and rates of return in thirty industries, 1950-1960. Review of Economics and Statistics*, v. 48, p. 296-308, 1966.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

_____; ALMEIDA, João Batista e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do CDC aos bancos: ADIN 2591*. São Paulo: RT, 2006.

_____; TURKIENICZ, Eduardo. Caso "T" vs. "A": em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36, p. 221-240, out.-dez. de 2000.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. Um curso de direito da concorrência. Coimbra: Coimbra, 2002.

_____. *50 anos de concorrência.* Disponível em: http://diarioeconomico.sapo.pt/edicion/diarioeconomico/opinion/columnistas/pt/desarrollo/1029720.html. Acesso em 12.12.2008.

_____; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MATION, Gisela Ferreira. *As ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticoncorrencias no Brasil*. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/2L/MONOGRAFIA.pdf. Acesso em 12.11.2009.

MATTOS, César (org.) et al. *A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: singular, 2004.

MCCRUDDEN, Christopher. *Regulation and Deregulation: policy and practice in the utilities and financial services industries.* Oxford: Oxford University, 1999.

MCKENDRICK, Neil. Summary of "The consumer revolution of eighteenth-century in England". In: GOODWIN, Neva R.; ACKERMAN, Frank; KIRON, David (Ed.). *The consumer society*. Bloomington: Indiana University Press, 1997.

MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35, p. 39-59, jul./set. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MESQUITA. José Ignácio Botelho de. A coisa julgada no Código do Consumidor, *Revista Forense*, v. 326, p. 81, 1994

MESTMACKER, H. J. *Europäisches Wettbewerbrecht*. München: Beck, 1974.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, v. 4, 1993.

MONTI, Mario. *Competition enforcement and the interests of consumers a stable link in times of change*. Disponível em: http://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&rlz=1W1SKPB_pt-BR&q=Competition+Enforcement+and+Consumers&meta=. Acesso em 10.10.2009.

MOSCHEL, Wernhard. The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy. *Journal of Institutional & Theoretical Economics*, p. 3-13, 2001.

MOURA, Valter Faiad de. O Código de Defesa do Consumidor e as Resoluções 2.878 e 2892/2001 do BACEN – Manual do cliente e usuário de serviços financeiros. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do CDC aos bancos: ADIN 2591*. São Paulo: RT, 2006.

MUELLER, Dennis. Efficiency versus market power through mergers. In: NEUMANN, Manfred; WEYGAND, Jürgen. *The International Handbook of competition*. Cheltenham: Edward Elgar, p. 65-87, 2004.

MURIS, J. Timothy. How History Can Inform Practice in Modern US Competition Policy. *Bepress Legal Series*. Working Paper 234. April 5, 2004. Disponível em: http://law.bepress.com/expresso/eps/234. Acesso em 12.10.2007.

NEVEN, Damien J.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control. *International Journal of Industrial Organization*, v. 23, p. 829-848, 2005.

NORTH, Douglass C., *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, New York: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Curso de Economia: *Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO e BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. *Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Oferta e publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35-76.

PEREIRA, Edgard (org.) et al. *Concorrência e regulação: estudos e pareceres econômicos*. São Paulo: singular, 2004.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de concentração econômica no Setor de Comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. *Revista de Direito da Concorrência*. São Paulo: Thomson, edição especial, p. 56-87, 2003.

PERITZ, Rudolph J. *Competition Policy in America, 1888-1992: history, rhetoric, law*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

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

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 49, São Paulo, Revistas dos Tribunais, p. 11-39, janeiro-março de 2004.

_____. Bem-estar dos consumidores e repressão a cartéis liderados por associações e sindicatos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 51, pp. 13-33, 2004.

_____. Disciplina dos juros no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: _____; PASQUALOTTO, Adalberto (coordenadores). *Código de defesa do Consumidor e Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005, p. 178-208.

_____. Aspectos processuais da defesa da concorrência. *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 84, p. 168-182, dezembro de 2005.

_____. Aplicação do Código de defesa do consumidor aos serviços bancários. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 38, pp. 75-98, setembro-dezembro de 2007.

_____. Práticas abusivas, cobrança de dívidas e cadastros de consumo. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINDYCK, R. S. ; RUBINFELD, D. L. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1994.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier-Campos, 2005.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. Concorrência no Setor Bancário: Contribuição ao Estudo do Caso Brasileiro. *Revista do Ibrac*, n. 13, v. 1, 2006.

PITTMAN, Russell. *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*. Washington, DC: Economic Analysis Group, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, June 2007.

POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, pp. 925-948, Apr., 1979.

_____. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

_____. *Antitrust Law: An Economic Perspective.* Chicago: University of Chicago Press, 2001.

_____. *Law, pragmatism and democracy.* Harvard: Harvard University Press, 2003.

POSSAS, Mário Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, v.3, n.5, p.10-35, 1996.

_____. Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. *Revista de Economia Política*, v. 24, n.1, p. 93, jan-mar/2004.

POSSAS, Mário Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto0505.pdf. Acesso em: 26.9.2009.

_____; PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. Política de defesa da concorrência e práticas restritivas verticais. *Revista Arché interdisciplinar*, Rio de Janeiro, v.10. n$^{o.}$ 29, 2001, p. 124,

_____; PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. Defesa da concorrência e regulação. *Revista de direito econômico* v. 27, p. 68, janeiro-julho de 1998.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMSEY, Iain. *Consumer protection: cases and materials*. *London: Weidenfeld and Nicolson*, 1989.

ROCHA, Bolívar Moura (org.) et al. *A regulação da infra-estrutura no Brasil: balanço e propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

ROSS, Thomas W.; WINTER, Ralph A. The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments. *Antitrust Law Journal* v. 72, p. 471-503, 2005.

ROSSETI. José Paschoal. *Introdução à economia.* São Paulo: Atlas, 1980.

SALGADO, Lúcia Helena. *A Economia Política da Ação Antitruste*. São Paulo: Singular, 1998.

_____. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, César (Org.). *A revolução antitruste no Brasil: a teoria aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 29-65.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).* São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOP, Steven C. and SCHEFFMAN, David. Raising Rivals´ Cost. *American Economic Review*, v. 73, p. 267-271, 1983.

SALOP, Steven C. ; WHITE, Lawrence J. Economic Analysis of Private Antitrust Litigation. *Georgetown Law Journal* v. 74, p. 1001-1064, 1985-1986.

SANTACRUZ, Ruy. Momento da notificação de um ato de concentração. *Revista de Direito Econômico*, v. 31, p. 161, janeiro-julho de 2000.

SANTACRUZ, Ruy. *Prevenção Antitruste no Brasil:* 1994/1996. Tese (Doutorado em economia). Faculdade de Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1988.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência*. Salvador: Jus Podium, 2008.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Direito comunitário da concorrência - perspectivas para o Mercosul. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 32, p. 74-109, out./dez. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAYEG, Ricardo Rasson. *Práticas comerciais abusivas*. São Paulo: Edipro, 1995.

SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1960.

SCHERER, F. M. The Economics of Vertical Restraints. *Antitrust Law Journal*, v. 52, p. 687-707, 1983.

_____. Antitrust and a Dynamic Economy. In: FIRST, H.; FOX, E.M.; PITOFSKY, R. (eds.), *Revitalizing Antitrust in Its Second Century: Essays on Legal, Economic and Political Policy*. EUA: Quorum Books, 1991.

_____; F. M.; ROSS, D. *Industrial market structure and economic performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990.

SCHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SCHMALENSEE, Richard. A Note on the Theory of Vertical Integration. *Journal of Political Economy* v. 81, p. 442-449, 1973.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1928.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHUMPETER, J. A, *Teoria do desenvolvimento econômico.* São Paulo: Abril Cultural, 1988.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Quando o ótimo é o melhor amigo do bom: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência*. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/f/fc/Schuartz_-_Quando_o_Bom_%C3%A9_amigo_do_%C3%93timo.pdf. Acesso em: 26.09.2009.

SCHWARTZ. Marius. *Buyer Power concerns and the Aetna-Prudential merger*. U.S. Department of Justice Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/3924.htm. Acesso em 05.09.2009.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO; CADE. *O Novo Projeto de Lei de Reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Disponível em:

www.seae.fazenda.gov.br/servicos_main/sbdc/2005/defesa_concorrencia_020905.pdf. Acesso em 27.12.2008.

SHIEBER, Benjamin M. *Abuso do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SHY, O. *Industrial Organization.* Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 1995.

SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA**,** Luís Virgílio Afonso da**.** Princípios e regras**:** mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607:630.

SILVA, Miguel Moura e. *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Lisboa: Almedina, 2008.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *O direito do consumidor e a publicidade*. São Paulo: MP Editora, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge E. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

SIMON, Herbert. Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science. *American Economic Review*, v. 49, pp. 253-258, 1959.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SODRÉ, Marcelo Gomes. A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2004.

STIGLER, George J. A Theory of Oligopoly. *Journal of Political Economy,* v. 72, p. 44, 1964.

STIGLITZ, Joseph E.; WELLS, Andrew. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *The American Economic Review* v. 71, issue 3, pp. 393-410, 1981.

SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. New York: Matthew Bender, 1994.

SULLIVAN, E. Thomas; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust law, policy and procedure: cases, materials and problems.* Charlottesville: The Michie Company, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

TAYLOR, Frederick W. *Os princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1990.

TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia*. São Paulo: Thomson IOB, 2005.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TSOUKALIS, Loukas. *The New European Economy*. Oxford: Oxford University, 1993.

TURNER, Donald F. The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusal to deal. *Harvard Law Review, v.* 75, p. 655, 1962.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. H*orizontal merger guidelines.* Washington DC: DoJ/FTC, 1992.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VEDOVE, Giampaolo della. *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*. Padova: CEDAM.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. In: ICBC. *Cadernos ICBC 22: Lei de defesa do consumidor*. São Paulo: ICBC, 1991, p. 5-27.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. ; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 2000.

WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 489-536, 1995.

WERDEN, Gregory J. Four suggestions on market delineation. *The Antitrust Bulletin, New York*, v. 37, n.1, pp. 107-121, 1992.

_____. *The effect of antitrust policy on consumer welfare: What Crandall and Winston overlook*. Washington, DC: Economic Analysis Group, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, 2003.

WILLIAMSON, Oliver E. 1968. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. *American Economic Review*, v. 58, pp. 18-35, 1968.

_____. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. London-New York: The free press, 1983.

_____. *The New Institutional Economics*: *Taking Stock, Looking Ahead. Journal of Economic Literature*, V. 38, 3, 595-613. Sep., 2000.

_____. Strategizing, Economizing, and Economic Organization. *In*: RUMMELT. R., SCHENDEL, D. e TEECE,D. *Fundamental Issues in Strategy*. Harvard: Harvard Business School Press, 1994.

_____. The economics of Governance. *American Economic Review*, 95 (2) May 2005, pp. 1-18.

WONG, Stanley**.** Positive Economics. In: Eatwell,John et al. (Ed). *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, v**.** 3. Londres e Nova York: Macmillan and Stockton**,** pp**.** 920-21, 1987.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.